

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado, Social y Económico

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



DISCAPACIDAD Y SUS EFECTOS
EN EL ÁMBITO JURÍDICO LABORAL
Tesis

Autora:

Elva Rodríguez Ruiz

Directores:

Prof. Dra. Yolanda Valdeolivas García

Prof. Dr. Jesús Lahera Forteza

Madrid, 2015

A mi compañero de este viaje que es la vida, mi marido,
que me estimula y apoya en todo lo que hago.

AGRADECIMIENTOS

A mis directores de tesis Prof. Dra. Yolanda Valdeolivas García y Prof. Dr. Jesús Lahera Forteza quienes, gracias a su orientación y guía, han permitido que este trabajo sea una realidad.

A todos mis compañeros del Campus La Salle, a aquellos que ya finalizaron su proyecto de tesis, por ser un estímulo, y a los que aún se encuentran en él, por su optimismo y constantes ánimos. A Alberto García Muntión, por estar permanentemente dispuesto a resolver cualquier problema técnico, a Ana Calvo de Mora por sus sabios, y siempre acertados, consejos, a Lola López Bravo, por todos estos años de apoyo y refuerzo.

A todos mis amigos, por ese apoyo moral y ese tiempo en el que no he estado cerca durante este largo proceso.

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	10
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I EFECTOS JURÍDICOS DE LA FALTA DE SALUD EN EL TRABAJADOR	21
1 Salud, funcionalidad y trabajo	21
1.1 Salud: concepto médico y jurídico	22
1.1.1 Concepto médico de salud	22
1.1.2 Concepto jurídico de la salud	25
1.2 Incapacidad: concepto médico y jurídico.....	27
1.2.1 Concepto médico de incapacidad.....	27
1.2.2 Concepto jurídico de incapacidad.....	27
1.3 Discapacidad: concepto médico y jurídico	29
1.3.1 Concepto médico de discapacidad	29
1.3.2 Concepto jurídico de discapacidad.....	34
1.4 Dependencia: concepto médico y jurídico.....	41
1.4.1 Concepto médico de dependencia	41
1.4.2 Concepto jurídico de dependencia	42
2 Trabajo e incapacidad.....	44
2.1 Incapacidad temporal.....	45
2.2 Incapacidad permanente.....	51
2.3 Consecuencias contractuales de la incapacidad.....	61
2.3.1 Empleo selectivo	67
2.3.2 Recolocación prevista en convenio colectivo	70
2.3.3 Reincorporación prevista en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales	72
2.3.4 Reubicación como ajuste razonable	73
3 Protección de la incapacidad laboral.....	74
3.1 La protección de la incapacidad laboral dentro del sistema de Seguridad Social.....	74
3.1.1 Contingencias profesionales.....	76
3.1.2 Contingencias comunes	94
3.1.3 Alteración de la salud mental: ¿accidente o enfermedad?	95
3.1.4 Prestaciones de la Seguridad Social.....	97
3.1.5 Compatibilidad entre prestaciones y empleo.....	110
3.2 Prestaciones ajenas al sistema de Seguridad Social	123
3.2.1 Protección normativa y política de las personas con discapacidad.....	124
3.2.2 Normativa y políticas en España.....	152
3.2.3 Fomento de empleo de personas con discapacidad.....	166
CAPÍTULO II INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ...	171
4 Empleo ordinario.....	175
4.1 Cuota de reserva en el sector privado	176
4.2 Cuota de reserva empleo público	179
4.3 Medidas alternativas a la cuota de reserva	185
4.4 Incentivos y especialidades en la contratación	189
4.4.1 Incentivos fiscales.....	190
4.4.2 Medidas para fomentar la contratación indefinida.....	191
4.4.3 Medidas para fomentar la contratación temporal.....	194
4.4.4 Contrato de formación.....	197
4.4.5 Contrato en prácticas.....	200
4.4.6 Contratos de interinidad	201

5 Empleo con apoyo.....	203
5.1 Empleo con apoyo en el mercado ordinario.....	207
5.2 Unidades de apoyo a los Centros Especiales de Empleo	208
5.3 Incentivos para la contratación de empleo con apoyo.....	210
6 Empleo protegido	212
6.1 Los Centros Especiales de Empleo.....	213
6.2 Incentivos para el empleo protegido	215
6.3 Los enclaves laborales.....	219
7 Empleo autónomo	225
7.1 Subvenciones e incentivos para autónomos con discapacidad.....	226
8 Contratación pública: ¿herramienta de integración?.....	230
8.1 Fase de Preparación de los contratos.....	233
8.1.1 Objeto del contrato.....	234
8.1.2 Prohibición de contratar.....	234
8.1.3 Solvencia Técnica.....	235
8.1.4 Contratos reservados.....	236
8.2 Fase de Adjudicación	239
8.3 Fase de Ejecución	241
8.4 Contratación pública y enclaves laborales	241
9 Centros ocupacionales.....	243
10 Efectos a largo plazo de las políticas de inclusión	246
10.1 El retorno social de la inversión (SROI).....	248
CAPÍTULO III ADAPTACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA.....	251
11 Adaptación de los puestos de trabajo	252
11.1 Ficha ocupacional: profesión, tareas y capacidad del trabajador.....	254
11.2 Valoración de la aptitud para trabajar.....	259
11.2.1 Métodos o técnicas de valoración funcional.....	260
11.2.2 Análisis de las condiciones de trabajo: evaluación de riesgos laborales.....	261
11.2.3 Prevención de riesgos inclusiva.....	265
11.3 Métodos de adaptación de puestos de trabajo.....	272
12 Ajustes razonables como garantía de empleo en trabajadores con discapacidad sobrevvenida.....	278
12.1 Concepto de ajustes razonables	278
12.2 El carácter “razonable” de los ajustes.....	284
12.2.1 Principios del diseño universal o diseño para todos.....	289
12.2.2 Los criterios DALCO para el diseño de entornos y equipos de trabajo.....	293
12.2.3 Accesibilidad en el entorno web.....	296
12.2.4 Principios generales y medidas para la adaptación de puestos de trabajo.....	301
12.3 Consideraciones especiales atendiendo a la discapacidad del trabajador	310
12.3.1 Discapacidad de origen físico y orgánico.....	310
12.3.2 Discapacidad sensorial.....	314
12.3.3 Discapacidad intelectual.....	318
12.3.4 Enfermedad mental.....	319
12.4 Adaptación en las convocatorias de empleo público	328
12.4.1 Medidas en el desarrollo del proceso selectivo: tiempos y medios.....	330
12.4.2 Medidas en la adjudicación del destino y la plaza	333
12.5 Garantía y límite de los derechos de las personas con discapacidad	335
13 Determinación de la incapacidad laboral, discapacidad y dependencia	337
13.1 Determinación de la incapacidad laboral.....	338

13.2	Determinación del porcentaje de discapacidad	348
13.3	Determinación de la situación de dependencia.....	355
13.4	El papel de la terapia ocupacional.....	361
14	Análisis estadístico	367
14.1	Discapacidad y mercado de trabajo	367
14.2	Patologías causadas por el trabajo.....	370
14.3	Características de la población activa con discapacidad	372
14.3.1	<i>Discapacidad y mercado laboral según sexo.....</i>	<i>373</i>
14.3.2	<i>Discapacidad y mercado laboral según la tipología de discapacidad</i>	<i>373</i>
14.3.3	<i>Ocupación y discapacidad.....</i>	<i>374</i>
14.3.4	<i>Medidas que incentivan la participación en el mercado laboral ordinario.....</i>	<i>374</i>
14.3.5	<i>Protección de la discapacidad y actividad.....</i>	<i>375</i>
CONCLUSIONES		380
BIBLIOGRAFÍA CITADA		390

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BEPD	Base de datos Estatal de personas con discapacidad
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
C. Col.	Convenio Colectivo
CAM	Comunidad Autónoma de Madrid
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Centro Especial de Empleo
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CES	Consejo Económico y Social
CIDD	Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidad y Minusvalía
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento y de la Salud
CO	Centro Ocupacional
DALCO	Requisitos de accesibilidad: deambulación, aprehensión, localización y comunicación
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EVI	Equipos de Valoración de Incapacidades
EPA	Encuesta de Población Activa
ET	Estatuto de los Trabajadores
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
MUFACE	Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLGDPD	Texto Refundido de la Ley General de Derecho de Personas con Discapacidad y de su inclusión social
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
LAPAD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.
LDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba la Ley de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social.
LEBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo

SAAD	Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SROI	Retorno social de la inversión
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central del Trabajo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación es la discapacidad y sus implicaciones en el ámbito jurídico laboral. Se trata de una materia particularmente relevante teniendo en cuenta los cambios normativos y jurisprudenciales operados en los últimos años.

El empleo de las personas con discapacidad es un objetivo con bases constitucionales y legales expresas que tiene gran trascendencia social. El trabajo retribuido es uno de los factores más importantes para el desarrollo personal de todos y, por tanto, constituye una de las principales muestras de integración e igualdad en una sociedad que debe atender a la diversidad.

Las personas con discapacidad constituyen un grupo vulnerable y numeroso que tradicionalmente se ha mantenido en conocida situación de exclusión siendo objeto de caridad, compasión y protección. El modelo médico o rehabilitador que concibe la discapacidad como un problema de la persona consecuencia de su enfermedad y objeto de programas sanitarios o benéficos dio paso, tras la iniciativa de los países anglosajones, a la implantación de un modelo social en el que se dio protagonismo a la equidad e igualdad de oportunidades. Este nuevo enfoque tuvo su reflejo en la implantación de planes transversales e intersectoriales que promovieron la no discriminación y la inclusión social. En la actualidad, nos encontramos ante un fenómeno de gran trascendencia que ha dado lugar a un nuevo enfoque que pretende integrar todos los aspectos de los modelos anteriores y que contempla a la persona con discapacidad como alguien con capacidades, habilidades y recursos cuya participación en la sociedad dependerá de la eliminación de obstáculos y la promoción y desarrollo de soportes sociales y elementos facilitadores. Esta visión conceptual de lo que significa la discapacidad, se refleja en los cambios normativos que adoptan esa evolución.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social refunde las tres principales leyes marco dictadas en este ámbito en España desde 1982. Esta nueva ley actualiza los términos, definiciones, principios y contenidos de las normas derogadas, adecuándolos a la Convención de Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, lo que supone el reconocimiento expreso de la titularidad de ciertos derechos que los poderes públicos están obligados a garantizar.

En definitiva, existe un nuevo concepto de discapacidad, que cuenta con el reconocimiento del legislador, que va más allá de un trámite administrativo y que hace necesario articular nuevos mecanismos que fomenten, no sólo la inclusión laboral de personas con discapacidad, sino el mantenimiento del empleo de personas con daño sobrevenido.

En nuestro ordenamiento jurídico existe una protección a favor de personas con “discapacidad” pero resulta problemático determinar el alcance de este término y en qué medida puede incluir la “enfermedad”. La alteración de la salud del trabajador va a condicionar su actividad productiva. Si las limitaciones orgánicas y/o funcionales le impiden el desarrollo de su actividad laboral o si la incorporación al trabajo implica una agravación patológica, el trabajador se encontrará en una situación de incapacidad laboral.

Debemos tener presente que incapacidad laboral permanente y discapacidad, son términos jurídicos que tienen en común las limitaciones y deficiencias originadas en las personas por patologías, lesiones o malformaciones, pero se trata de instituciones de naturaleza y finalidades diferentes, con procedimientos de valoración, baremos y organismos competentes distintos lo que, en la práctica, se traduce en numerosos conflictos. Por citar un ejemplo ilustrativo, es posible identificar discordancias entre una resolución administrativa según la cual el trabajador no esté impedido para el desempeño de su profesión, y una calificación de no apto por parte de la empresa, que permita despedirle por causas objetivas como consecuencia de una ineptitud sobrevenida. Esto es fruto de la falta de coordinación entre los sistemas contractual y protector en la Seguridad Social y se trata de un grave desajuste en nuestro sistema con importantes consecuencias para el trabajador. Teniendo en cuenta su relevancia, se estudiarán posibles mecanismos que eviten estos efectos.

Por otra parte, si la enfermedad ha estado tradicionalmente vinculada a la discapacidad, cabe plantearse si el estado de salud de una persona con incapacidad permanente que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede entrar en el concepto de “discapacidad”. A su vez puede dudarse sobre si un despido basado en la alteración de la salud padecida por el trabajador es improcedente o nulo o qué ocurriría en el caso de la extinción por causas objetivas, cuando las ausencias intermitentes traen su causa en una enfermedad de larga duración.

Desde hace algunos años se ha cuestionado si la práctica empresarial de despedir a un trabajador con motivo de sus bajas laborales por enfermedad, se puede resolver mediante la indemnización correspondiente por despido improcedente o si merecería el mayor reproche previsto en nuestro ordenamiento jurídico para tales despidos, que serían nulos, teniendo en cuenta las posibles implicaciones discriminatorias. El Tribunal Supremo ha mantenido una posición invariable durante años que, aparentemente, ha sido respaldada por la jurisprudencia europea donde un trabajador enfermo no gozaba de la protección reforzada que el ordenamiento jurídico otorgaba a las personas con discapacidad. Sin embargo, nuevos pronunciamientos obligan a una revisión de la doctrina que han venido aplicando nuestros tribunales.

Por otra parte, el principal problema que afecta a las personas con discapacidad es la elevada tasa de inactividad. Nuestro ordenamiento contempla una serie de medidas de empleo selectivo que tienen por objeto favorecer el retorno a la empresa de trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que, con posterioridad, recuperan su capacidad laboral pero ¿es posible identificar otras alternativas con fundamento en los convenios colectivos, en la normativa de prevención de riesgos laborales o como “ajuste razonable”? ¿se podrían beneficiar de las medidas dirigidas exclusivamente a personas con el reconocimiento del grado de discapacidad? Se trata de cuestiones relevantes sin una respuesta clara y que serán abordadas en este trabajo. Es conveniente intensificar el apoyo a las personas que han sufrido un proceso de enfermedad, desincentivando el abandono prematuro de la vida laboral e incrementar los niveles de empleo sería beneficioso para el propio sistema.

Tampoco puede dejar de considerarse que las pensiones, en muchas ocasiones, son el único medio de subsistencia de personas con discapacidad pero, en otras, constituyen un mecanismo disuasorio para la integración laboral que se explica por el temor a la pérdida de la pensión si se acepta un empleo, debido a salarios bajos y poco atractivos. Se deben implantar medidas que no dejen sin protección al trabajador incapaz, pero fomentando su capacidad para mantener el empleo. Es necesario generar mecanismos que incentiven la vida activa pues el trabajo favorece la realización e integración de la persona. En la mayoría de las ocasiones el perceptor de una prestación podría desempeñar un trabajo por ello el legislador debe configurar un adecuado sistema de compatibilidades. El derecho al trabajo es un derecho de rango constitucional por lo que no caben interpretaciones que desincentiven la reinserción del inválido.

Es importante tener presente la enorme dificultad que existe en la actualidad para acceder a los mecanismos de protección que ofrece la Seguridad Social. Las diferentes contingencias darán lugar a una intensidad de protección que enfrenta los intereses del trabajador con la deficiente situación de la Tesorería de la Seguridad Social, motivo por el que ha aumentado considerablemente el número de estos litigios que se dirimen ante los tribunales. Con todo, es destacable que en España contamos desde 1995 con el Pacto de Toledo, fruto del consenso de todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, que supuso la reafirmación de un sistema de Seguridad Social solidario y de reparto, basado en las contribuciones de sus beneficiarios y en la separación de las prestaciones de naturaleza contributiva y no contributiva. Dicho Pacto, que influye de manera esencial sobre este ámbito puso de manifiesto que la eficiencia económica y social del Sistema Seguridad Social han de ser necesariamente compatibles. Sea como fuere, asistimos a un problema de gran magnitud teniendo en cuenta la difícil situación en la que se encuentra la Tesorería de la Seguridad Social por lo que sería importante explorar vías alternativas de financiación de las prestaciones de la

misma o, al menos, fomentar el retorno a la vida laboral activa. A estos fines el estudio hará hincapié en optimizar los recursos jurídicos existentes al efecto.

Ciertamente existen diferentes medidas de acción positiva que incentivan el empleo de personas con discapacidad a través del empleo ordinario o el empleo protegido. Aquellos trabajadores con incapacidad laboral que tengan reconocido un porcentaje mínimo de discapacidad podrán optar, por ejemplo, a las fórmulas relacionadas con el empleo ordinario como son la cuota de reserva o los incentivos a la contratación. Al respecto, habrá que concluir si son efectivas estas medidas y si existen otras alternativas. Cabe plantearse si las fórmulas de empleo protegido son medidas que facilitan el tránsito al empleo ordinario y si son utilizadas como alternativa para trabajadores con incapacidad laboral.

En todo caso, para reconocer si es rentable la adopción de unas u otras medidas es imprescindible conocer los resultados de las acciones y evaluar las herramientas. Esto permitiría identificar si, por ejemplo, la actuación económica de la Administración presidida por la búsqueda de una mayor eficiencia económica, es compatible con la utilización de la contratación pública como herramienta de promoción de empleo.

Por otra parte, la Recomendación sobre readaptación y empleo (personas inválidas) núm. 168, 1983 de la OIT enumera las medidas que se deberían incluir para crear oportunidades de empleo en el mercado regular e incluye, entre ellas, incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo.

La ONU, en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad de 1993, en el apartado 2 de su artículo 7 sobre empleo, describe que los Estados han de estimular a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea, en su Directiva 2000/78/CE, también introduce este concepto como forma de completar las garantías anti-discriminatorias. En países como Estados Unidos es un concepto ampliamente desarrollado, pero en España, no contamos con ninguna referencia detallada de las posibles medidas de ajuste y el legislador tampoco las ha enumerado. Las políticas de bonificaciones y exoneraciones de cotizaciones sociales pueden ser un instrumento adecuado para favorecer la incorporación o permanencia en el mercado de trabajo de personas con especiales dificultades de acceso, pero es necesario reforzar las medidas de apoyo a la integración laboral y al desempeño profesional de estas personas, como es la adaptación del puesto.

Para la consecución de los objetivos propuestos en la investigación, ha sido necesario realizar un análisis profundo de la normativa laboral dirigida a las personas con discapacidad, identificar las iniciativas desarrolladas a nivel nacional e internacional para promover el empleo de estas personas, conocer los pronunciamientos de los tribunales, tanto nacionales como de la Unión Europea al respecto, así como determinar la evolución de la doctrina iuslaboralista. El análisis legislativo, documental y estadístico ha facilitado un tratamiento sistematizado de las implicaciones jurídicas y laborales que tienen las diferentes condiciones de salud en un trabajador.

Este estudio parte de hechos cuantitativos importantes que carecían de un tratamiento cualitativo. Se ha contactado con las unidades médicas donde se siguen los procesos de valoración de incapacidades y se ha entrevistado a facultativos que trabajan en servicios de prevención de riesgos, se ha entrevistado a profesionales que trabajan en los Centros Base donde se realiza la valoración del grado de discapacidad y a profesionales de Servicios Sociales que gestionan la valoración de dependencia, lo que permite contar con elementos de análisis, a veces desconocidos, pero indispensables, para reconocer la realidad que se estudia y abordarla con propósitos de influir sobre el régimen jurídico existente y sobre las políticas públicas que afectan a este ámbito de actuación. En conexión con lo anterior, también se han realizado análisis de casos¹.

En coherencia con todo lo anterior, el resultado, en mi opinión, es un trabajo muy apegado a la realidad, que analiza el dato jurídico, lo contrasta con la práctica y aporta claves de propuesta para su mejora. Cada uno de los apartados se trata con

¹ Las fuentes del trabajo han sido las siguientes: 1.- Bases de datos disponibles en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: Tirant on line, La Ley, El Derecho y Aranzadi que ha permitido acceder a jurisprudencia y análisis doctrinal. 2.- Consulta en los siguientes centros especializados para acceder a determinadas referencias bibliográficas y documentación: Centro de Documentación del Consejo Económico y Social (CES), c/ Huertas 73, 28014 Madrid; Biblioteca Central del Ministerio de Empleo y Seguridad Social c/ Huertas 73, 28014 Madrid; Biblioteca del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) especializada en personas mayores, discapacidad, dependencia y servicios sociales; y documentación oficial de acceso libre en internet de organismos oficiales internacionales y nacionales: ONU, OIT, ODISMET (Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España). 3.- Realización de entrevistas a los siguientes profesionales: Dra. Baidés Gonzalvo, P., Médico Evaluador Jefe y Dr. Lampreave Márquez, J.L., Médico Evaluador Jefe Adjunto, Unidad Médica, Dirección Provincial del INSS Madrid C/ López de Hoyos 169-171, pl. Baja Madrid 28002, Secretaría de Estado de la Seguridad Social; Dra. Rodríguez de la Pinta y Dra. Maestre Naranjo, M^a A. Facultativos Especialistas del Área Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda C/ Joaquín Rodrigo, 28222 Majadahonda, Madrid; Custodia Sánchez, P., Trabajadora Social del Centro Base, núm. 1, C/ Maudes, 78, 28003 de Madrid y responsable del Centro de Servicios Sociales y Mayores del Ayuntamiento de Madrid, C/Callejón de Pontevedra, s/n 28015 de Madrid... 4.- Asistencia a la Unidad Médica de Madrid para presenciar el procedimiento de calificación de incapacidades permanentes que realizan los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS en los que intervenían los facultativos del INSS anteriormente referenciados. 5.- Análisis de casos reales a través de la práctica profesional en un despacho especializado en Derecho Sanitario.

una referencia, que entiendo, sólida y amplia, intentando contrastar el objeto de la tesis con las múltiples materias vinculadas, para conseguir, finalmente, un estudio sistemático y coherente que dialoga eficazmente con derecho interno, jurisprudencia, derecho comparado y datos extrajurídicos. Esto ha obligado a introducir un elemento de interdisciplinariedad jurídico-sanitaria.

Pues bien, sobre las premisas anteriores, y cuantas implicaciones comportan, el fin de esta investigación es identificar si el desarrollo de mecanismos para mantener a las personas con incapacidad laboralmente activas, sería una inversión para el conjunto de la sociedad. Por ello, en este trabajo de investigación se han establecido los siguientes objetivos:

En primer lugar, identificar los efectos jurídicos que tiene en un trabajador el reconocimiento de una incapacidad laboral o un grado de discapacidad consecuencia de la alteración de su salud. Esto exige acotar el significado de los términos salud, enfermedad, incapacidad, discapacidad y dependencia, analizar las posibles equivalencias entre esos términos y sus efectos jurídicos, e identificar los mecanismos de protección existentes para personas con incapacidad.

A este contenido se dedica el primer capítulo, que trata los efectos jurídicos de la falta de salud del trabajador. En él se aborda el estudio de conceptos relacionados con la salud, la funcionalidad y el trabajo, se describen las diferentes situaciones de incapacidad laboral y sus características así como las consecuencias contractuales que pueden llegar a producirse tras un menoscabo funcional. También se describen las posibles alternativas que tendría un trabajador que recupera total o parcialmente su capacidad. Se dedica un apartado a la acción protectora de la Seguridad Social donde se analizan los diferentes tipos de contingencia, cuestión trascendental para explicar la mayor o menor cobertura económica que se otorgará al trabajador. Finalmente, se incluye un apartado específico con la evolución de la normativa y política de protección a las personas con discapacidad desde diferentes organismos internacionales y nacionales.

El segundo de los objetivos es analizar las medidas de retorno a la empresa dirigidas a personas con incapacidad frente a las medidas de integración laboral dirigidas a personas con discapacidad. Para ello se deben identificar las fórmulas que fomentan el empleo ordinario, protegido, o autónomo y valorar el papel de empleo con apoyo. También es interesante estudiar el valor que puede tener la contratación pública como herramienta de integración.

Por ello el segundo capítulo se dedica a la integración laboral de personas con discapacidad. En él se describen los diferentes mecanismos de integración laboral de este colectivo en el ámbito ordinario y protegido y que se vertebran en el Texto Refundido de la Ley 1/2013, de 3 de diciembre de derechos de las personas con

discapacidad y de su inclusión social. Se especifican las alternativas existentes para promover el trabajo tanto en el sector público como privado ya sea por cuenta propia o ajena. Se analizan las figuras intermedias como el empleo con apoyo o el papel de los enclaves laborales y se plantea la posibilidad de utilizar la contratación pública como herramienta de integración laboral.

Finalmente, y como elemento común a cualquier fórmula de retorno al trabajo o de integración laboral dirigida a personas con incapacidad que recuperan su salud o a personas con discapacidad, es imprescindible analizar el papel de los “ajustes razonables” y la adaptación del puesto de trabajo. Se trata de una herramienta con gran virtualidad en el campo de la prevención y como garantía de empleo de personas con incapacidad o discapacidad. Para ello necesario analizar el propio concepto “ajustes razonables” a la luz de la normativa europea y española. Los problemas que pueden darse a la hora de integrar a una persona con limitación funcional ocurren, con frecuencia, en el proceso de selección o en la adaptación de los puestos de trabajo. Es imprescindible conocer las capacidades de las personas, las exigencias del puesto y poder identificar los posibles desajustes.

Por ello, el tercer capítulo tiene por objeto cómo se realiza la adaptación de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad. En primer lugar, se describen las herramientas existentes para valorar la aptitud del trabajador o las condiciones del trabajo y se identifican asimismo los procedimientos para la adaptación de puestos. En segundo lugar, se aborda el concepto jurídico “ajustes razonables” y se realiza un análisis de sus implicaciones prácticas como garantía de empleo de los trabajadores con discapacidad sobrevenida. Procede conocer los principios de accesibilidad, del diseño de entornos y equipos de trabajo así como los principios generales para una adecuada adaptación del puesto. Identificamos la puesta en práctica de estos mecanismos y describimos cómo se implementan en casos concretos las convocatorias de empleo público. En tercer lugar se dedica un apartado al detallado de los procedimientos de determinación de la incapacidad laboral, el porcentaje de discapacidad o la situación de dependencia porque posiblemente, con una intervención en esta fase, se podrían reducir las consecuencias disuasorias que podrían tener las pensiones por ello se dedica un apartado a la terapia ocupacional, profesión desconocida pero especializada en el ámbito de la autonomía y discapacidad. Finaliza el capítulo con algunos datos estadísticos que permiten valorar la situación actual.

CAPÍTULO I EFECTOS JURÍDICOS DE LA FALTA DE SALUD EN EL TRABAJADOR

1 Salud, funcionalidad y trabajo

La salud y el trabajo están directamente relacionados porque cualquier alteración de la integridad psicofísica de una persona afectará a la realización de sus actividades de la vida diaria y entre ellas al desempeño laboral.

La dispersión y, en muchos casos, la incongruencia de los conceptos médicos y jurídicos que se hayan en la legislación actual obligan a concretar desde un punto de vista práctico la terminología relacionada con la pérdida de salud o de capacidad funcional ya que ésta conduce en muchas ocasiones a interpretaciones erróneas o, al menos, técnicamente incompletas, que tienen graves consecuencias en la resolución de los conflictos incluso ante los tribunales.

Las definiciones de discapacidad, deficiencia y anterior “minusvalía” tienen trascendencia en la práctica y gestión política y administrativa ya que identifican a las personas beneficiarias de programas y ayudas. Se han empleado diversos términos para expresar lo mismo porque nuestras normas utilizan con escaso rigor un ramillete de conceptos y denominaciones para aludir a la población afectada por ciertas carencias psíquicas o físicas².

La enfermedad ha estado tradicionalmente vinculada a la discapacidad. Este término ha evolucionado y en la actualidad se define como una cuestión de derechos humanos. Cuando una enfermedad, consecuencia de dolencias físicas, psíquicas o mentales, produce una limitación que impide a una persona trabajar en igualdad de condiciones que las demás, esta puede ser considerada una persona con discapacidad comprendida en la protección. Sus consecuencias son muy importantes ya que, por ejemplo, un despido basado en una alteración de la salud podría considerarse nulo.

Por lo tanto, es adecuado iniciar este estudio analizando los conceptos de condición de salud, discapacidad, incapacidad y situación dependencia en relación con el trabajo, no sólo por las implicaciones para la autonomía de una persona, sino, también, por sus consecuencias económicas para la sociedad.

² SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*. Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 321. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V. “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pp. 56 y ss.

1.1 Salud: concepto médico y jurídico

1.1.1 Concepto médico de salud

A lo largo de la historia se ha intentado definir la Salud pero se trata de un concepto médico que ha sufrido continuas modificaciones. Una definición que se tiene como referencia es la sugerida en 1947 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades³. Esta definición aportó elementos innovadores al definir la salud en términos positivos e incluir, además de lo biológico, lo mental y lo social, entendiendo el bienestar físico como algo complementario y no como lo principal para estar sano.

A pesar de ser la definición más consensuada, también ha sido rechazada por diversos autores, unos, por considerarla utópica, estática y subjetiva y, otros, por cuestionar el sentido del bienestar completo. Los primeros, la consideran utópica porque no existe un estado completo de salud; estática porque consideran que la salud es algo dinámico y; cambiante y subjetiva porque la idea de bien o malestar depende del propio individuo y de su percepción⁴. Otros autores proponen eliminar la palabra *completo* de la definición ya que la salud, como la enfermedad, no es un concepto absoluto. Entienden que hay distintos grados de salud como hay distintos grados de enfermedad. Además, determinan la existencia de dos aspectos de la enfermedad, uno subjetivo (el malestar, los síntomas, esto es, sentirse bien en diferentes grados), y otro objetivo, que afecta a la capacidad de funcionar (los signos, la limitación del funcionamiento en diferentes grados) y proponen la siguiente definición: la salud es un estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁵. Por último, encontramos quienes consideran trascendental la influencia del contexto en la salud de la persona⁶.

Este concepto de salud de la OMS, positivo y multifactorial, ha continuado su evolución, llegando a incluir entre sus determinantes tanto la promoción como la prevención de la salud. A lo largo del tiempo se han celebrado reuniones

³ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York el 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organisation*, nº 2, p.100) y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

⁴ SALLERAS SANTMARTI, L. *Educación Sanitaria: Principios, Métodos y Aplicaciones*, 3ª edición, Madrid, Díaz de Santos, 1985, p. 17.

⁵ TERRIS, M., *La revolución epidemiológica y la medicina social*. México, Siglo XXI, 1980, pp. 8, 21.

⁶ La Organización Panamericana de la Salud matizó el concepto indicando que la salud también está relacionada con el medio ambiente que rodea a la persona.

internacionales y conferencias con el objetivo de marcar la orientación que deberían adoptar los profesionales de la salud para conseguir que esta llegara a ser realmente un derecho y un patrimonio de todos.

Tras los estudios de Lalonde (1974)⁷ y Dever (1976)⁸, en 1978, la OMS y la UNICEF, celebraron el Congreso conjunto de Alma-Ata, apoyado por delegados gubernamentales de 134 países, donde la Salud fue asumida como un derecho humano del que todos somos titulares. Se recogieron la prevención y promoción como grandes objetivos estableciendo como clave la atención primaria integral. Se establecieron como ejes de actuación la participación de la población en la resolución de sus problemas de salud y la colaboración de profesionales no estrictamente sanitarios, que pudieran ayudar a entender y resolver las verdaderas causas que provocaban la enfermedad y la muerte de las personas⁹. Años más tarde, en 1986, se celebró la Conferencia de Ottawa donde nace la promoción de la salud que, junto con la Declaración de Yakarta en 1997, ponen de manifiesto las nuevas estrategias para conseguir determinados prerrequisitos para la salud, que incluyen la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios, vivienda, un ecosistema estable y un uso sostenible de los recursos¹⁰.

Para desarrollar estas estrategias la OMS promovió, ya en 1977, el lema *Salud para Todos en el año 2000* que ha sido la referencia para desarrollar las políticas de salud en todos los países miembros durante casi veinte años¹¹. La salud es aquello a conseguir para que todos los habitantes puedan trabajar productivamente y participar activamente en la vida social de la comunidad donde viven.

⁷ LALONDE M. A., *New Perspective on the Health of Canadians*, Ottawa, Office of the Canadian Minister of National Health and Welfare, april 1974. El Informe Lalonde trataba de conocer los factores que influían en la salud de los canadienses con la intención de modificar los planes de actuación en función de estos determinantes. Estableció las coordenadas del “campo de la salud” indicando la importancia de los estilos de vida y las características del medio ambiente además de la biología y la medicina proponiendo como grandes objetivos la prevención y la promoción. Constató que los recursos no se empleaban de acuerdo a las causas que determinaban realmente la salud de la población. Ha servido como base de nuevos planteamientos en políticas sanitarias al establecer una relación directa entre los determinantes de la salud y la utilización de los recursos.

⁸ Siguiendo el planteamiento del Informe Lalonde se realiza el estudio Dever en Estados Unidos donde también se observó una desproporción entre los recursos destinados a los diferentes factores y la contribución de estos a la mortalidad.

⁹ Disponible en línea

http://www.promocion.salud.gob.mx/dgps/descargas1/promocion/1_declaracion_deALMA_ATA.pdf

¹⁰ OMS, *Declaración de Yakarta sobre la promoción de la salud en el siglo XXI*, Ginebra, 1997.

¹¹ OMS, “Formulación de estrategias con el fin de alcanzar la salud para todos en el año 2000”, *Serie Salud para Todos*, nº2, 1979, p.8. Este informe examina y compara diversos aspectos de los sistemas de salud del mundo entero. Además de ofrecer una serie de aclaraciones conceptuales sobre los complejos factores que explican el funcionamiento de los sistemas de salud, se dan consejos prácticos sobre cómo evaluar el desempeño y lograr mejoras con los recursos disponibles. Informe completo disponible en línea http://www.who.int/whr/2000/en/whr00_es.pdf?ua=1.

En mayo de 1998 la OMS aprueba la política de *Salud para Todos en el Siglo XXI*¹² y da continuidad a las metas anteriormente planteadas, modificando algunas de ellas, con el fin de garantizar el objetivo común que es la consecución de un nivel de salud que permita desarrollar a todas las personas una vida social y económicamente productiva.

Esta estrategia tiene como objetivo permanente conseguir que todas las personas alcancen plenamente su potencial de salud y como metas principales promover y proteger la salud de las personas a lo largo de toda su vida, reducir la incidencia de las principales enfermedades y lesiones, así como del sufrimiento que originan. Para ello se establecen cuatro principales estrategias de acción con el fin de garantizar que un impulso sostenible desde el punto de vista científico, económico, social y político dirija la aplicación de Salud 21, una de ellas relacionada con un proceso de desarrollo sanitario de carácter participativo, que implique a los agentes relevantes en materia de salud en el hogar, en los centros educativos, en el trabajo, así como a nivel comunitario y nacional, y que promueva la toma de decisiones, la aplicación y la responsabilidad conjunta¹³.

Los principios de Salud 21 se deben incorporar a las políticas de desarrollo sanitario de todos los Estados Miembros de la Región Europea y deben ser adoptados por todas las principales organizaciones e instituciones europeas¹⁴.

Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud no se considera como un estado abstracto, sino como un medio para llegar a un fin. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas¹⁵.

¹² En la región europea adopta el nombre de *Salud 21. Salud para Todos en el siglo XXI*.

¹³ Las otras tres estrategias serían las siguientes: Estrategias multisectoriales para hacer frente a los determinantes de la salud, teniendo en cuenta las perspectivas culturales, sociales, económicas, físicas y de género, y garantizando la utilización de la evaluación del impacto sanitario. Programas en inversiones dirigidos a los resultados sanitarios y encaminados al desarrollo de la salud y de la atención sanitaria. Atención primaria de salud orientada a la comunidad y a la familia con un carácter integrado, con la asistencia de un sistema hospitalario flexible y con capacidad de respuesta.

¹⁴ Coherente con este planteamiento y con el objetivo de brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud” se publica la CIF. La clasificación pertenece a la familia de las clasificaciones internacionales desarrolladas por la OMS, que pueden ser aplicadas a varios aspectos de la salud. Proporciona el marco conceptual para codificar un amplio rango de información relacionada con la salud (ej. el diagnóstico, el funcionamiento y la discapacidad, los motivos para contactar con los servicios de salud) y emplea un lenguaje estandarizado unificado, que posibilita la comunicación sobre la salud y la atención sanitaria entre diferentes disciplinas y ciencias de todo el mundo.

¹⁵ Disponible en línea
<http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>

En definitiva, del concepto básico de salud, podemos extraer las siguientes consecuencias:

- La salud no es la mera ausencia de enfermedades, como coloquialmente puede creerse, sino que va más allá: representa un absoluto bienestar tanto físico como mental y social.
- Cualquier alteración tanto física como mental o social en el individuo va a conllevar una alteración de su estado de salud, dependiendo de la gravedad de esas alteraciones.
- La existencia de cualquier alteración en el individuo va a condicionar su capacidad en el ámbito laboral¹⁶.

1.1.2 Concepto jurídico de la salud

La salud es un bien jurídicamente protegido en nuestra Carta Magna. La Constitución española (CE), dentro del Capítulo Tercero *de los principios rectores de la política social y económica*, en su art. 43, reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Será en la Ley donde se establezcan los derechos y deberes de todos al respecto. Asimismo, el art. 41 CE establece que los poderes mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo añadiendo que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Recordemos que los principios reconocidos en dichos arts. 43 y 41, al estar dentro del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución y, según lo dispuesto en el apartado 3º del art. 53, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Por otra parte, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ratificado por España el 30 de abril de 1977, reconocía el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y por ello establecía las medidas que deberían adoptar los Estados para asegurar su plena efectividad, entre ellas el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha

¹⁶ BRUNA REVERTER, J. *Incapacidad Laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, Granada, Comares, 2012, p.3.

contra ellas o la creación de condiciones que aseguraran a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad mental.

También la Carta Social Europea ratificada por España el 26 de junio de 1980 dispone en sus artículos 12 y 13 el derecho a la Seguridad Social mediante el mantenimiento de un régimen en un nivel satisfactorio con la intención de elevar, perpetuar y adoptar medidas encaminadas a conseguir la igualdad de trato y la posibilidad de conservar las ventajas concedidas con medidas, tales como la acumulación de los periodos de seguro y de empleo completados. Por otro lado, garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, sin disminución alguna en sus derechos políticos y sociales, siempre de forma igualitaria con el resto de nacionales.

Según el art. 96 CE, una vez publicados oficialmente en España, los Tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno español y, por consiguiente, vinculan a todos los poderes públicos, legislativo, administrativo y judicial, que deberán adecuar sus preceptos legales, aplicarlos y garantizar el efectivo cumplimiento de los mismos. En este sentido, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública cuyo objeto es alcanzar las mayores ganancias de salud, define la salud como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa.

El derecho a la protección de la salud se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad, y de ahí que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableciera como uno de los principios generales en su art. 3 que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y promoción de la salud.

Hoy en día ese derecho ha sido extendido al ámbito laboral y todos los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de los trabajadores a una protección eficaz que garantice la seguridad y salud de sus trabajadores adoptando las medidas que tiendan a eliminar o reducir al mínimo los posibles riesgos para la integridad física y psíquica de los mismos en el lugar de trabajo. En España el art. 40.2 CE, que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo, tiene su pilar fundamental en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales¹⁷.

¹⁷ Exposición de motivos Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995. Vid. *infra* apartado 12.2.2.

1.2 Incapacidad: concepto médico y jurídico

1.2.1 Concepto médico de incapacidad

La incapacidad es la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo. Después del Congreso multidisciplinar de Djerba celebrado en 1978, la incapacidad se subdividió en tres conceptos: incapacidad física o funcional, incapacidad laboral o profesional y la incapacidad de ganancias. Para la OMS es la dificultad para realizar actividades que según la edad, sexo y entorno social, se consideran básicas para la vida diaria. La incapacidad fisiológica permanente, incapacidad funcional o invalidez personal se define como la limitación de una o varias funciones orgánicas, intelectuales o psíquicas con la disminución parcial o total de las aptitudes en el terreno físico, intelectual o mental (comprender, pensar, formular juicios, concebir, comunicarse, desplazarse, utilizar las manos, etc.)¹⁸. La incapacidad se refiere, en definitiva, a una o varias acciones que no se pueden realizar.

Hoy en día contamos con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Salud y la Discapacidad de 2001 (CIF, 2001) que proporciona una descripción de situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sus restricciones, los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales que se encuentran interrelacionados. Desde el punto de vista médico, no hablaríamos de incapacidad sino de *deficiencias*, que son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida y de *limitación en la actividad*, que son las dificultades que un individuo puede tener en el desempeño o realización de actividades o la restricción en la participación. Todos ellos, se encuentran incluidos bajo el concepto global de discapacidad que trataremos en el punto siguiente¹⁹.

1.2.2 Concepto jurídico de incapacidad

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define persona incapacitada como un individuo cuyas probabilidades para lograr y conservar el empleo adecuado están sustancialmente disminuidas como resultado de una alteración física o mental²⁰.

¹⁸ OJEDA GIL, J.A. y DÍEZ AGÚNDEZ, M. *Evaluación de la invalidez por la medida de la tasa de incapacidad física o funcional*. Disponible en línea <http://www.peritajemedicoforense.com/OJEDA6.htm>

¹⁹ Vid. *infra* apartado 1.3.1.

²⁰ OIT, R099- Recomendación sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1955. Disponible en línea http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R099

En nuestro ordenamiento jurídico *personas incapacitadas* son aquellas con enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden su autogobierno por lo que han sido sometidas al mecanismo jurídico que tiene como objetivo la protección de sus intereses y derechos tanto a nivel personal como patrimonial. Su regulación jurídica se encuentra en los artículos 199 y siguientes del Código Civil y 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta. Toda persona incapaz, lo es porque tiene una discapacidad pero una persona con discapacidad no tiene por qué estar incapacitada.

Dentro de las distintas capacidades que pueden verse afectadas, destacamos en este apartado la capacidad laboral o capacidad de desarrollar una profesión, que puede definirse como el complejo de medios intelectuales, volitivos y físicos que permiten utilizar provechosamente la propia eficiencia física en el desarrollo de una actividad laboral, es decir, la concurrencia de la integridad psicosomática y de la aptitud para emplearla en una determinada actividad profesional²¹. Es este tipo de incapacidad, la incapacidad laboral, la que este trabajo pretende abordar.

Cuando la salud del trabajador se ve alterada es lógico que se resienta su actividad productiva e inevitable que la empresa se inquiete por la repercusión que ello genere. Las leyes rodean el supuesto con diversas garantías: adaptación de las condiciones de trabajo a las características personales; protección para quien deja de ingresar su salario como consecuencia de ello; sanciones a la empresa que incumple los anteriores mandatos; y cauces específicos para defender esos derechos²².

La recuperación de la salud pertenece al campo de la asistencia sanitaria. En este apartado sobre incapacidad laboral, la alteración de la salud sólo interesa en cuanto causa generadora de incapacidad, pero queda al margen en la medida en que no acarree una disminución de las aptitudes profesionales. Acotando más el campo de estudio, sería preciso excluir la denominada incapacidad no contributiva, ya que el mecanismo protector no toma en consideración la capacidad laboral, sino exclusivamente la disminución de la capacidad global del individuo²³. A pesar de ello, se dedicará un breve apartado a la posible compatibilidad entre prestaciones no contributivas y el empleo.

En el campo laboral, el uso alternativo de las expresiones *incapacidad* e *invalides* también suscita polémicas doctrinales. El término incapacidad es más genérico y

²¹ ALMANSSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª edición, Madrid, Tecnos, 1991, p.402.

²² ET, LGSS, LISOS, LRJS respectivamente.

²³ BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, 2ª edición, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p 22.

necesita el adjetivo *laboral* para concretar la contingencia, en tanto que la palabra invalidez es más específica, ya que aparece como una categoría de aquella incapacidad, en concreto, con un significado de incapacidad permanente²⁴. La polémica se centra en la incapacidad permanente para la que algunos autores se muestran partidarios del empleo de la palabra invalidez con el fin de designar la que reviste el carácter de permanencia ya que de esta manera protegen al inválido porque lo es, no porque solamente carezca de capacidad para el trabajo²⁵.

La respuesta ante una situación incapacitante dependerá de si esta se presume superable a corto plazo o se prevé definitiva. La previsión de su temporalidad o permanencia es la característica más importante. Lo que caracteriza la contingencia de incapacidad temporal es la convicción médica de que la situación no es permanente, sino susceptible de superarse recobrando la capacidad o, como mínimo, que puede experimentar variaciones sustanciales con la asistencia sanitaria adecuada. En el momento en que las lesiones, enfermedades o secuelas del beneficiario sean previsiblemente estables, nos encontraremos dentro del campo de protección de la incapacidad permanente. El incapacitado permanente tampoco puede realizar su actividad por razones de enfermedad o accidente, pero lo que distingue una situación de otra es la irreversibilidad, aunque advirtiendo sobre la relatividad de ambos conceptos²⁶.

1.3 Discapacidad: concepto médico y jurídico

Una enfermedad o un accidente puede tener como consecuencia una discapacidad, se puede nacer con discapacidad o desarrollarla con la edad. Para nosotros es importante aquella discapacidad que es consecuencia de una incapacidad, es decir, aquella que sobreviene a una persona que se encuentra en una situación laboral activa. Este grupo de personas excluiría a aquellas que tienen limitaciones antes de iniciar su vida laboral pero en los siguientes apartados no se ha tenido en cuenta, pues, como veremos, el concepto en sí mismo no considera ese matiz.

1.3.1 Concepto médico de discapacidad

No ha existido una definición universal de discapacidad y algunos autores han señalado la necesidad de adoptar marcos conceptuales similares y un lenguaje

²⁴ Ibídem. p.26.

²⁵ ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991, p.246.

²⁶ ALMANSSA PASTOR, J.M., *Derecho de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 403. Vid. *infra* apartados 2 y 3.5.

común internacional para evitar confusión entre científicos²⁷. De la consideración de los discapacitados como unas personas enfermas, a las que se tenía apartadas de la vida social, incluso ocultas en muchas ocasiones, que debían someterse a tratamiento médico para superar su deficiencia y adaptarse a la forma de vida existente en la sociedad, se ha pasado a una consideración de las personas con discapacidad que tiene presente ante todo su dimensión humana y personal; que parte de una situación de desventaja social que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades, y no al revés, y que está basada en la dimensión universal de los derechos fundamentales de la persona²⁸. El fenómeno es general, o mejor dicho, universal, pues afecta a todas las sociedades y a todos los países, aunque ciertamente no en la misma medida²⁹.

Esta evolución resulta patente incluso en la OMS que ha revisado su terminología modificando definiciones y conceptos a lo largo del tiempo. Ejemplo de ello es la modificación de la definición de la discapacidad en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980³⁰ y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Salud y la Discapacidad de 2001 (CIF). La CIDDM definía la discapacidad como restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma que se considera normal para una persona y la CIF³¹, define la discapacidad como término genérico que recoge las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades y las restricciones en la participación del ser humano. En esta segunda Clasificación se reconoce la influencia del entorno social en la discapacidad y se propone un modelo integrador o biopsicosocial en el que se concibe la discapacidad como un fenómeno complejo que se compone tanto de

²⁷ JETTE, A.M., "Toward a common language of disablement", *The Journals of Gerontology, Series A: Biological Sciences and Medical Sciences*. Vol. 64, nº 11, p. 1165-68, 2009. FREEDMAN, V.A., "Adopting the ICF Language for Studying Late-Life Disability: A Field of Dreams?" *The Journals of Gerontology Series A: Biological Sciences and Medical Sciences*. Vol 64, n. 11, p. 1172-74, 2009.

²⁸ JIMENEZ LARA, A. "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes" en DE LORENZO, R y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.) *Tratado sobre discapacidad*, Madrid, Aranzadi, 2007, 179.

²⁹ PALACIOS, A. "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar los ajustes razonables" en VVAA. *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Ignacio Campoy Cervera, 2004, pp. 188- 192.

³⁰ OMS., *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad*, Ginebra, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1980. Es una propuesta con carácter experimental.

³¹ OMS., *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y de la Salud. Resolución 34/21*, Ginebra, 2001. Fue aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo 2001. La CIF, 2001 sustituyó a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías (CIDDM) de 1980.

factores personales (englobando tanto las deficiencias en las funciones y/o estructuras corporales), como limitaciones en la actividad y restricciones externas en la participación que ejercen un efecto sobre la deficiencia del individuo³². Esta definición integra los modelos conceptuales que se han propuesto para explicar y entender la discapacidad y el funcionamiento y se encuentra entre el modelo médico y el modelo social.

El modelo médico considera la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales, encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio en su conducta. Para lograrlo la atención sanitaria se considera primordial, lo que provoca como respuesta política principal la modificación o la reforma de los sistemas de atención a la salud. Este esquema causal fue el seguido por la CIDDMM donde se consideraba que una patología, enfermedad, trastorno u otro problema, conducía a una deficiencia (pérdida o anomalía de la estructura o función fisiológica, anatómica, psicológica). Esta deficiencia podía dar lugar a una discapacidad, esto es, restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma que se considera normal para un ser humano. La limitación funcional puede provocar una situación de desventaja para el individuo, que limita o impide el desempeño de un papel que es normal en su caso, lo que denominó minusvalía y sería el nivel social del problema o de la limitación de la discapacidad. Por ejemplo, una patología (artritis) conduciría a una deficiencia (articulación con anomalía), que produciría una limitación funcional (falta de habilidad para teclear con los dedos) lo que provocaría una discapacidad (incapacidad para ocupar un puesto de trabajo como *mecanógrafo*³³. Los términos limitación funcional, minusvalía y discapacidad pudieron llevar a confusión.

El vigente modelo social de la discapacidad ³⁴ , considera el fenómeno fundamentalmente como un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. La

³² En el año 2011, la OMS y el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (actualmente Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) publicaron la CIF-IA, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud en Versión para la Infancia y la Adolescencia."

³³ WHITENECK, G., "Conceptual Models of Disability: Past, Present, and Future," *Workshop on Disability in America. A New Look*. Washington, NAP, 2005, p. 50-66.

³⁴ LAWSON, A., "The EU Rights Based Approach to Disability: Some Strategies for Shapping and Inclusive Society". Comunicación presentada en la *Commission Conference in Sofia*, del 9 al 11 de diciembre de 2004, Bulgaria. Disponible en: http://europa.eu.int/comm/employment_social/disability/conference_bulgaria/presentation1_lawson_en.pdf. Este modelo social también se identifica como modelo de reconocimiento de derechos.

discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto o entorno social. Por tanto, la atención del problema requiere intervención social y es responsabilidad de la sociedad para que la participación plena de las personas con discapacidad sea posible en las estructuras regulares del entramado social. De ahí que se considere que el problema es ideológico o de actitud, y su superación requiera la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos³⁵. El esquema de la CIF no es un modelo causal ya que considera todos los elementos interrelacionados. Por una parte existen unas condiciones de salud (enfermedades, desórdenes, lesiones) equivalente a la patología o enfermedad del modelo anterior. Presenta un dominio funcionamiento-discapacidad con dos componentes: a) estructuras y funciones corporales y b) actividad y participación. Las estructuras y funciones corporales serían las partes anatómicas y funciones fisiológicas del cuerpo, cuya integridad es el aspecto positivo de funcionamiento, y la deficiencia, el aspecto negativo, es decir, los problemas en las estructuras o funciones corporales. La actividad y participación es, en su vertiente positiva, la realización de una tarea o acción por una persona y en su vertiente negativa implica la limitación y las dificultades que la persona puede experimentar en la realización de esa actividad. Así, puede decirse que una incapacidad para caminar es una deficiencia mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada posee escalones, es una discapacidad³⁶.

En la Convención de las Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁷ se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás y define las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás³⁸. Esta definición

³⁵ CÁCERES RODRÍGUEZ, C., Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS. *Auditio: Revista electrónica de audiología*, Vol. 2(3), Noviembre 2004, pp. 74-77. <http://auditio.com/revista/pdf/vol2/3/020304.pdf>.

³⁶ MORRIS, J. *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability Women*,s. London, Press Ltd., 1991, p 17.

³⁷ Preámbulo letra e). Ratificada por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010. Véase la Decisión del Consejo 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la Celebración de la Convención (DO L23, p.35).

³⁸ Art. 1, párrafo segundo, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

ha tenido gran repercusión en el Derecho de la Unión Europea y como consecuencia, en el español.

Los conceptos y términos utilizados en España también han evolucionado con el tiempo y las situaciones sociales y políticas. Se han utilizado sucesiva, indistinta o simultáneamente los términos subnormalidad, deficiencia, minusvalía, limitación y discapacidad³⁹. Sólo recientemente se abandona el término *minusvalía*, debido a su connotación peyorativa y se utiliza oficialmente en su lugar *discapacidad* como término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación⁴⁰.

Las primeras definiciones son herederas de la tendencia imperante durante décadas de un claro componente médico, centradas en la preocupación por el cuerpo y su filosofía de rehabilitar o restaurar lo “no normal”, denota un interés por la etiología, por el proceso. Esas definiciones traducen un objetivo claro de rehabilitación, inserción o integración, especialmente las personas en edad escolar y laboral⁴¹. Las segundas, se inspiran más en la tendencia social que ha conducido al desarrollo y aprobación de la CIF, y que trata de recoger los aspectos sociales sin olvidar los médicos⁴².

Algunos autores desarrollan más estos cambios y consideran que la evolución de la discapacidad responde a cuatro modelos⁴³: el de la prescindencia, el rehabilitador,

³⁹ ABELLÁN GARCÍA, A., HIDALGO CHECA, R. M^a., “Definiciones de discapacidad en España”, *Informes Portal Mayores*, nº 109 p. 4 (Fecha publicación: 10/06/2011). Anexo. p. 7. Disponible en <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-definiciones-01.pdf>.

⁴⁰ RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Los siguientes autores han documentado los problemas de definición: VERDUGO ALONSO, M.A, VINCENT, C. CAMPO, M, JORDÁN, E., URRÍES, F.B., “Definiciones de Discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”. *Servicio de Información de Discapacidad*, 2001. Disponible en: <http://www.discapacidadonline.com/wp-content/uploads/2012/07/definicion-discapacidad-espana-analisis-legislacion-relevante.pdf> y QUEREJETA GONZÁLEZ, M. “Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación”, *IMSERSO*, 2004. Disponible en línea <http://www.index-f.com/lascasas/documentos/lc0181.pdf>

⁴¹ ABELLÁN GARCÍA, A., HIDALGO CHECA, R. M^a., “Definiciones de discapacidad...”, op. cit. p. 5. Disponible en línea <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-definiciones-01.pdf>.

⁴² QUEREJETA GONZÁLEZ, M., Las herramientas del nuevo paradigma de la salud en el siglo XXI: CIE/CIF. *Revista Española de Salud Pública*, nº 6, noviembre-diciembre 2009.

⁴³ DE ASÍS ROIG, R., y PALACIOS, A. ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid, Diversitas, 2006, p. 20-23. Estos autores describen así cada uno de los modelos: El modelo de la prescindencia se caracterizaba por la consideración de la discapacidad como una situación producto de un castigo divino y por la defensa de la necesidad de acabar con la vida de las personas

el social y el de la diversidad, todos con políticas públicas asociadas muy diferentes.

En definitiva, ha existido una evolución muy positiva y la consecuencia de este cambio de paradigma ha sido que todo ese mundo oculto, sumergido e invisible a los ojos de la sociedad, ha salido a la luz, se ha hecho visible y ha adquirido toda su dimensión humana y social⁴⁴. El cambio semántico demuestra la adecuada evolución de la sensibilidad social ya que las palabras se asocian a ideas, conceptos y valores. Se ha pasado fomentar la integración del “minus-“válido o de velar por la igualdad de oportunidades, a la protección de derechos de personas con discapacidad.

1.3.2 Concepto jurídico de discapacidad

Tras la aprobación en 2006 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁵ que mencionábamos anteriormente, contamos con un instrumento jurídico universal que considera la discapacidad como una característica más dentro de la diversidad de los seres humanos y no como la característica que debe definir a la persona en un marco de discriminación y exclusión.

o marginarlas. El modelo rehabilitador entendía la discapacidad como una anomalía, con origen en una imperfección física, psíquica o sensorial, congénita o adquirida, permanente o transitoria, que situaba a algunos sujetos por debajo de unos niveles que se consideraban como normales. La consecuencia de este modelo era la defensa de una serie de medidas dirigidas específicamente a paliar los problemas de las personas con discapacidad pero, en muchos casos, también la marginación. Desde este planteamiento las políticas públicas deben tender a solucionar en el mayor grado posible dicha anomalía, integrando a la persona lo que se resuelve principalmente, a través de una asistencia sanitaria. A finales del siglo XX cuando se comienza a hablar de este tercer modelo, que considera la discapacidad producto de la manera en la que se ha construido el entorno, los productos y los servicios, e, incluso, de la manera en la que hemos concebido al ser humano. Incluso llega a afirmar que muchas situaciones que se presentan como problemas individuales de un sujeto son realmente provocadas por la sociedad. Al igual que en el modelo anterior las personas con discapacidad tienen disminuida la satisfacción de sus derechos, por lo que se hace necesaria una política pública que extienda esa satisfacción presentando especial atención a las dimensiones de tipo social y haciendo desaparecer la discriminación en ese ámbito. El Foro de Vida Independiente es una comunidad virtual que se constituye en 2001 como un espacio reivindicativo y de debate a favor de los derechos humanos y en contra de la discriminación de las personas con todo tipo de diversidad funcional de España. Se coordina a través de una comunidad virtual que se encuentra en: <http://es.groupss.yahoo.com/group/vidaindependiente/>.

⁴⁴ MARÍN CALERO, C. *La integración jurídica y patrimonial de personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2005, p. 3.

⁴⁵ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento ratificado por España (BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008). Entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. La Ley 26/2001, de 1 de agosto de Adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El modelo sobre el cual se construye la Convención es el de los derechos humanos que se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, independientemente de las características o condiciones que tenga. Considera que el “problema” de la discapacidad está localizado en el entorno socio-cultural y físico y se deriva de la falta de conciencia del Estado y la sociedad hacia la diferencia que representa la discapacidad. Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de hacer frente a los obstáculos creados socialmente, con el fin de promover y garantizar el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas.

El texto de la Convención entiende como personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁴⁶.

Los Estados que hayan ratificado este Tratado deben realizar sus intervenciones sobre discapacidad conforme a dicho paradigma. La Convención es un instrumento facilitador para el ejercicio y disfrute de los derechos reconocidos en el sistema universal, para que las personas con discapacidad los disfruten, plenamente, en igualdad con las demás. Corresponde a los Estados parte crear las condiciones necesarias para que esos derechos se hagan efectivos y promover, proteger y asegurar los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, la Convención establece numerosas medidas que los Estados deben adoptar para crear un entorno que permita que las personas con discapacidad gocen de verdadera igualdad en la sociedad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció por primera vez sobre el concepto de discapacidad en la STJUE (Gran Sala) de 11 de julio 2006, asunto Chacón Navas (C-13/05). Este asunto tenía por objeto la interpretación de la discriminación por motivo de discapacidad y su relación con la enfermedad y, con carácter subsidiario, la posibilidad de introducir en la Directiva 2000/78 CE⁴⁷ un motivo de discriminación basado en la enfermedad. Se trata de una señora que prestaba servicios en una empresa dedicada a hostelería de colectivos desde 14 de octubre de 2003. Estando de baja por enfermedad y percibiendo un subsidio por incapacidad temporal, la empresa notifica por escrito su despido el 28 de mayo, sin

⁴⁶ De acuerdo con el contenido del Preámbulo de la Convención, la discapacidad se concibe como un producto social que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras existentes en el entorno, de orden físico y social, que evitan la participación plena y efectiva, la inclusión y desarrollo de estas personas en la sociedad donde viven, en condiciones de igualdad con las demás.

⁴⁷ La Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L303,16). Esta Directiva se refiere, entre otros motivos, a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, sin desarrollar expresamente su significado.

especificar motivo y con efectos el 31 de mayo 2014. La empresa reconocía su improcedencia y ofrecía una indemnización. Ella interpone recurso judicial alegando que su despido es nulo por cuanto vulnera la prohibición de desigualdad de trato y de discriminación, dado que desde hacía ocho meses estaba de baja por enfermedad y se hallaba en una situación de incapacidad temporal. El TJUE afirmó que el despido motivado exclusivamente por la enfermedad (no estigmatizante) de un trabajador no incurría en discriminación, pues la enfermedad no puede considerarse como discapacidad⁴⁸. El Tribunal declaró que la discapacidad se refería a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supusiera un obstáculo para que la persona de que se tratara participara en la vida profesional. El Tribunal tampoco desarrolló la relación que puede existir entre la discapacidad y la enfermedad rechazando que esta última, por sí misma, pudiera considerarse discapacidad. Al desvincular dichos conceptos rechazaba, por lo tanto, que se pudiera incluir la enfermedad dentro del concepto de discapacidad como, que la enfermedad pudiera incorporarse a aquellos motivos previstos en el art. 13 TCE (actual art. 19 TFUE).

Dicha decisión fue ampliamente criticada, y no es de extrañar, ya que la CIF, 2001, define la discapacidad como un término genérico que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación como aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales. La enfermedad es una condición de salud que puede causar deficiencias que “discapaciten” física, mental o psíquicamente a un individuo por lo que la protección frente a posibles prácticas discriminatorias basadas en la discapacidad de los trabajadores también debería dispensarse en los casos de enfermedad. En este caso el TJUE refrenda que el despido de un trabajador que esté de baja por enfermedad no constituye como tal un acto discriminatorio prohibido por motivo de discapacidad, cuando a nuestro juicio, si lo es.

Las consecuencias de un despido irregular por enfermedad y las de un despido irregular por incapacidad, son muy distintas. En el primer caso es improcedente, lo que implica el deber de indemnizar al trabajador afectado, en el segundo caso es nulo, lo que conlleva la obligación de restablecer inmediatamente la relación laboral con el trabajador, con abono de los salarios que éste haya dejado de percibir.

La permanencia de la deficiencia física o psíquica no puede ser el elemento diferenciador entre la discapacidad y la enfermedad ya que existen enfermedades que se van desarrollando progresivamente y que privan a las personas de sus

⁴⁸ De este modo, el despido de un trabajador en incapacidad temporal debía ser calificado como improcedente, y no nulo, porque el motivo no era la concreta situación del trabajador, sino el coste económico que suponía para la empresa.

funciones por lo que la vida social de una persona con una enfermedad grave y duradera, no se distingue de la de un discapacitado.

El TJUE, posteriormente, en la STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013 en los asuntos acumulados HK Danmark (en representación de Ring y Skouboe Verge) (C-335/11 y C-337/11) precisa el concepto de discapacidad. En esta Sentencia se responde a una cuestión prejudicial planteada relativa a si el estado de salud de las demandantes está comprendido en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 puesto que la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo⁴⁹. Se trata de dos trabajadoras que son despedidas por inasistencia al trabajo a causa de dolencias dorsolumbares (no generadoras de incapacidad). Esta Sentencia declara que el concepto de “discapacidad” debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto⁵⁰.

Es importante destacar que en el 2010, años después de la sentencia Chacón Navas, la Unión Europea ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su preámbulo describe que el concepto de discapacidad se ha de entender de forma dinámica y en cuyo artículo primero define a las personas con discapacidad como a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y

⁴⁹ También rebaten que la reducción de tiempo de trabajo sea una de las medidas a las que se refiere el art. 5 de esta Directiva. Por último los empleadores aducen que, en caso de bajas por enfermedad a causa de una discapacidad, el despido de un trabajador con discapacidad con arreglo al art. 5, apartado 2, de la Ley relativa a las relaciones jurídicas entre empleadores y empleados del derecho danés, no constituye una discriminación y, por tanto, no es contrario a dicha Directiva.

⁵⁰ La discapacidad se define como una limitación a largo plazo derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartados 38 y 39). Estas limitaciones pueden provenir de una enfermedad curable o incurable que impida la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartado 41). Por consiguiente, en tales circunstancias una enfermedad debe ser considerada como discapacidad, a diferencia de toras enfermedades que no cumplan tales requisitos (apartado 42). En particular, la discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional (apartado 44) y concurre cuando la enfermedad provoca que el trabajador “sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada (apartado 43).

efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. El Tribunal de Luxemburgo, acogiendo la anterior definición, entiende que el concepto discapacidad abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional. Esta sentencia rectifica lo afirmado en 2006 y tiene gran relevancia conceptual ya que el Tribunal interpreta el concepto de conformidad con las disposiciones previstas en la Convención⁵¹.

Es lógica esta interpretación puesto que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 no puede ofrecer una protección menor que la proporcionada por la Convención de la ONU.

Tras esta sentencia, los tribunales españoles deberán determinar cómo incorporar esta doctrina⁵² que podría desplegar efectos no sólo en la calificación del despido en situaciones de incapacidad temporal, sino eventualmente en el cómputo de las ausencias en materia de despido objetivo⁵³. Entre las consecuencias prácticas se encuentran la necesidad de revisar la separación enfermedad/discapacidad y dar paso a una nueva enfermedad asimilada ya que se encuentran comprendidas en la protección antidiscriminatoria⁵⁴ situaciones que antes eran excluidas. Un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente, sino nulo, al igual que la extinción por causas objetivas, si las ausencias intermitentes traen su causa en la enfermedad asimilada⁵⁵.

⁵¹ Adoptada el 13 de diciembre de 2006. Esta Convención fue aprobada por la UE, mediante Decisión del Consejo de 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009 (DO, 2010, L23, 35).

⁵² Hasta ese momento los tribunales afirman que la enfermedad no es discapacidad. En el artículo doctrinal de CUBA VILA, B., "Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable" *Lex Nova, Revista de Información Laboral* núm. 3/2014, 2014, recoge como significativos los Autos de la Sala de lo Social, del TS, de 25 de octubre de 2011 (Rec. núm. 1070/2011), 13 de octubre de 2011 (Rec. núm. 1526/2011), 3 de junio de 2009 (Rec. núm. 2623/2007) y 30 de septiembre de 2008 (Rec. núm. 821/2008); y las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2011 (Rec. núm. 1532/2010), 27 de enero de 2009 (Rec. núm. 602/2008), 22 de septiembre de 2008 (Rec. núm. 3591/2006), 13 de febrero de 2008 (núm. 4739/2006), 22 de enero de 2008 (Rec. núm. 3995/2006), 18 de diciembre de 2007 (Rec. núm. 41/2006), 11 de diciembre de 2007 (Rec. núm. 4355/2006) y 22 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 3907/2006).

⁵³ RODRÍGUEZ CARDO, A. La sentencia 299. Concepto de enfermedad y discapacidad a efectos de despido, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 131, junio 1-2, 2013, p. 989.

⁵⁴ Interesante análisis sobre este aspecto realiza RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., "La obligación de realizar ajustes razonables en el trabajo", *Temas Laborales* nº 1 27/2014.

⁵⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V., "Discriminación laboral por enfermedad" *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 866/2013 parte Tribuna, Aranzadi, 2013. En el mismo sentido: AZAGRA SOLANO, M. Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo" *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 4/2011 y GORDO GONZÁLEZ, L. "El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo? *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 3/2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "El empleo de las personas con minusvalía", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1999, pp. 19-30.

Cuando se han enjuiciado posibles transgresiones del derecho a la salud en el caso, por ejemplo, de despidos realizados por o durante la situación de incapacidad temporal, las pretensiones de nulidad han sido generalmente desestimadas, por entender que no existe vulneración de derechos fundamentales ni violación del art. 4.2.c) que reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de discapacidad. El razonamiento básico que ha inspirado estos pronunciamientos es que, aun siendo la salud un factor evidentemente ligado a la persona, el despido que se realice por tal motivo no necesariamente vulnera un derecho fundamental, salvo que vaya asociado a la coexistencia de algún factor discriminante cual pueda ser el sexo, religión, convicciones, condición social, etc.⁵⁶. Asimilar la situación de enfermedad a discapacidad, tendrá consecuencias, especialmente en personas que sufren patologías relacionadas con la enfermedad mental, que no se han considerado, hasta ahora, personas con discapacidad.

En España el concepto jurídico de discapacidad⁵⁷ es el ofrecido en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (TFLGDPD)⁵⁸. En él se refiere expresamente tanto a la situación, como a las personas, y conforme a su artículo 4 la discapacidad es una *situación* que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Son *personas con discapacidad* aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Más adelante, en su apartado 2 señala que además, “y a todos los efectos,” tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Y considera que presentan tal situación pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los

⁵⁶ En este sentido STS de la Sala de lo Social, de 29 de enero y 12 de julio de 2004, confirmada por la STJUE de 11 de julio de 2006 As. C-13/05 Chacón Navas.

⁵⁷ Sobre este apartado nos remitimos a la amplia exposición sobre el tratamiento constitucional y legal del concepto que realiza GARCÍA QUIÑONES, J. “Concepto jurídico laboral de discapacitado” en VALDÉS DAL-RÉ, F (Dir.), LAHERA FORTEZA, J. (Coord.) *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, p. 66-80.

⁵⁸ Esta norma se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad⁵⁹.

La equivalencia es acertada puesto que reconocer una incapacidad permanente a un trabajador, significa que, indefectiblemente el mismo, se encuentra aquejado de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que, objetivamente, también limitarán las actividades de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad.

Lo que carece de lógica es el tratamiento que se da a la situación contraria. El reconocimiento de un importante grado de discapacidad, pensemos por ejemplo, del 65%, en una persona laboralmente activa, (en situación de baja por enfermedad) debe tener efectos en el tratamiento otorgado por el sistema de la Seguridad Social, ya que necesariamente, sus limitaciones tendrán una repercusión en su capacidad laboral. No puede ignorarse este hecho que, en la práctica, da lugar a situaciones paradójicas al no ser en absoluto vinculante. Es frecuente encontrarnos con resoluciones administrativas contradictorias.

En el ámbito del empleo significa que esta nueva norma viene a modificar sustancialmente la línea jurisprudencial defendida por el Tribunal Supremo que descartaba esta asimilación⁶⁰.

Podríamos finalizar este apartado indicando que durante las últimas décadas hemos asistido a un importante cambio en la concepción de la discapacidad. Los planteamientos tradicionales, que enfocaban la discapacidad como un problema “personal” causado directamente por una enfermedad, un traumatismo o cualquier otra alteración de la salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora en forma de un tratamiento individualizado, han ido siendo sustituidos por otros que enfocan la cuestión desde el punto de vista de la integración de las personas con diversidad funcional en la sociedad, considerando que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino el resultado de un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

⁵⁹ Recordemos que, a raíz de la STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013 en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 el concepto de discapacidad debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La Jurisprudencia como fuente del Derecho tendrá una gran relevancia.

⁶⁰ La STS de 21 de marzo de 2007 (Recud. 3872/20005) señalaba que esta asimilación no era posible puesto que el ámbito del empleo no era objeto de la LIONDAU. La actora con un reconocimiento de invalidez permanente total para su trabajo de a

La visión actual de la discapacidad no niega que en ella hay un substrato médico-biológico, sino que afirma que lo realmente importante es el papel, que en la expresión de dicho substrato, juegan las características del entorno y, de modo muy especial, las del entorno creado por el hombre (las viviendas, las escuelas, las universidades, los centros de trabajo, los medios de transporte, los equipamientos tecnológicos, los medios de comunicación....)⁶¹.

Una de las consecuencias de la evolución es que los límites entre persona con discapacidad y persona plenamente capaz quedan diluidos y se viene a defender que una adecuada adaptación del entorno permitirá a una persona con discapacidad ser funcional ⁶².

La Convención ha modificado el concepto de discapacidad adoptado por el ordenamiento jurídico español. El art. 7 de la LISMI no hacía referencia a un determinado porcentaje, aspecto que sí incorporó el art. 1.2 de la LIONDAU si bien sólo a efectos de esa Ley. El TRLDPD supera esa visión y establece un concepto de discapacidad que asume esa evolución y, dando un paso más, identifica lógicas equivalencias entre dos ámbitos, social y laboral. Aunque solo se establecen en una dirección, es algo muy positivo.

1.4 Dependencia: concepto médico y jurídico

1.4.1 Concepto médico de dependencia

La dependencia es la situación que impide a una persona desenvolverse por sí misma en el entorno como consecuencia de su estado de salud, es la incapacidad funcional en relación con las actividades de la vida diaria. Las personas en situación de dependencia tienen limitadas las destrezas y habilidades funcionales que se requieren para llevar una vida autónoma y necesitan ayuda, supervisión y/o apoyo de soporte y cuidado personal por terceros. La situación de dependencia es un concepto jurídico pero las causas que conducen a ella tienen diferente origen patológico. Las variables que intervienen son la biología humana (genética), el medio ambiente (contaminación física, química, biológica, psicosocial y sociocultural), el estilo de vida y el sistema de asistencia sanitaria⁶³.

⁶¹ GUASCH „, D. HERNANDEZ GALÁN, J., (Coords.) *La accesibilidad del entorno universitario y su percepción por parte de los estudiantes con discapacidad*, edición revisada, Barcelona, Observatorio Universidad y Discapacidad, 2010.

⁶² *Vid. infra* apartados 12 y 13.

⁶³ LALONDE, M., *Una nueva perspectiva sobre la salud de los canadienses*, Secretaría de Salud y Bienestar, Canadá, 1974.

1.4.2 Concepto jurídico de dependencia

Como ya expresamos con anterioridad el concepto dependencia aparece relacionado con los términos de discapacidad e invalidez. Esto implica que no toda persona con discapacidad o con invalidez pueda ni deba ser considerada en situación de dependencia⁶⁴ aunque sí tienen esta condición de dependencia las personas a las que se les ha reconocido la prestación de gran invalidez⁶⁵.

Son personas en situación de dependencia⁶⁶ aquellas que por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal (art. 2.2 LAPAD). El carácter permanente de la situación de dependencia se establece cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejoría en el funcionamiento. La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad, a efectos del reconocimiento oficial, influyendo otros factores de índole cultural, social, familiar, de sobreprotección, o cualesquiera otras relacionadas con condiciones de salud que tengan posibilidades razonables de restitución o de mejoría, o cuando los apoyos en las tareas no sean imprescindibles en la mayoría de las veces o siempre en las que éstas tengan lugar. Se establecen tres grados en función del número e intensidad de ayuda que necesita la persona para su autonomía personal.

⁶⁴ El Consejo de Europa definió la dependencia, en el año 1998, como “la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana” (Recomendación núm. 98 (9) relativa a la dependencia, adoptada el 18 de septiembre de 1998). Cinco años más tarde, un informe elaborado por un Grupo de expertos del Consejo de Europa, define la dependencia como “un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias”. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos adecuados para la vida de las personas mayores.

⁶⁵ Disposición adicional novena “Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley”.

⁶⁶ El Consejo de Europa define la dependencia como “un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”. Recomendación relativa a la Dependencia [R (98)] aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1998.

- Grado I Dependencia moderada: cuanto la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal;
- Grado II Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- Grado III Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal⁶⁷.

Para ser legalmente reconocido como persona que se encuentra en situación de dependencia⁶⁸, será necesario seguir un procedimiento en los términos que se analizarán más adelante⁶⁹.

Desde un punto de vista jurídico una persona en situación de dependencia es aquella que tiene reconocida tal cualidad por el órgano público competente aplicando los indicadores contenidos en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de

⁶⁷ La financiación de este sistema se realiza mediante la contribución de todas las administraciones (art.32) de la siguiente forma: Administración General del Estado financia el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios y suscribe Convenios anuales o plurianuales con cada Comunidad Autónoma determinando las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de servicios y prestaciones del Sistema. La aportación de cada Comunidad Autónoma será cada año, al menos, igual a la de la Administración General del Estado en su territorio. Los beneficiarios de las prestaciones participarán en la financiación de las mismas en función de su capacidad económica. La efectividad de este derecho (disposición adicional primera) se estableció de forma progresiva siendo valorados el primer año el Grado III en ambos niveles, el segundo y tercer año los valorados en el Grado II nivel 2, el tercer y cuarto año, los valorados en el Grado II, Nivel 1, quinto y sexto año los valorados en el Grado I, Nivel II y en el séptimo y octavo año los valorados en el Grado I, Nivel I. Los niveles fueron eliminados por el Real Decreto- ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168 de 14 de julio de 2012).

⁶⁸ TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la incapacidad permanente*, Albacete, Bomarzo, 1997, p. 84, defiende que tan sólo algunas dolencias mentales e sintomatología persistente como determinadas esquizofrenias, depresiones mayores o trastornos bipolares especialmente agudos tendrían amparo en el sistema de atención diseñado por la norma (refiriéndose al Ley de Dependencia). De esta manera nos encontramos con la paradoja (al igual que nos ocurría en la Seguridad Social), de que una enfermedad mental, crónica, y calificada clínicamente como grave, se encuentra expulsada de la protección que le brindan los servicios sociales.

⁶⁹ Vid. *infra* apartado 14.1.3.

dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Esta Ley 39/2006 regula las condiciones básicas del acceso al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁷⁰ y prevé una equiparación al establecer el efectivo reconocimiento de la situación de gran invalidez al de dependencia.

En esta labor se otorga un papel fundamental a las Comunidades Autónomas y, cuando corresponda, a las Entidades Locales⁷¹.

2 Trabajo e incapacidad

En el ámbito laboral contamos con dos elementos, el trabajo y el sujeto que lo desempeña. Por una parte, la actividad laboral puede ser un factor de riesgo para la salud ya que puede dar lugar a la aparición de patología laboral específica, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y también puede condicionar en parte, la aparición y evolución de diferentes enfermedades crónicas multifactoriales. Por otra, el nivel de salud es un condicionante de la capacidad laboral, ya que diferentes trastornos y cuadros patológicos, pueden producir situaciones de menoscabo funcional y dar lugar a situaciones de Incapacidad Laboral⁷².

Es cierto que no todo trastorno o enfermedad conlleva incapacidad laboral y que esa potencial situación de incapacidad vendrá condicionada en muchos casos por las características específicas del puesto de trabajo pero cuando el trabajador tiene que interrumpir su actividad por una causa patológica nos encontramos ante la situación de incapacidad laboral.

La incapacidad que sufre un trabajador puede ser temporal, cuando cabe esperar su recuperación en un periodo de tiempo determinado, o permanente si la

⁷⁰ De acuerdo con esta Ley la valoración tiene entre sus referentes a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF, OMS, 2001).

⁷¹ El art. 11 de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, atribuye a las comunidades autónomas la planificación, la ordenación y la coordinación, en el ámbito de su territorio, de los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, así como de gestionar los recursos necesarios para ello. La Orden 625/2010, de 21 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, regula los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y para la elaboración del Programa Individual en la Comunidad de Madrid. BOCM 30 de abril de 2010. Corrección de errores BOCM 17 de diciembre 2010.

⁷² VVAA. *Valoración de la Incapacidad Laboral para médicos de Atención Primaria*, p. 29 Disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143518.pdf>

alteración de la capacidad laboral es previsiblemente definitiva. A continuación, analizaremos cada uno de estos dos supuestos.

2.1 Incapacidad temporal

La incapacidad temporal se halla regulada, dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo, fundamentalmente, en el Capítulo IV, del Título II, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)⁷³. El artículo 128 no define propiamente el concepto de incapacidad temporal, sino que establece las situaciones que son consideradas como determinantes de incapacidad temporal⁷⁴.

Entre los autores que definen este concepto se pueden distinguir dos grupos dependiendo de si nos situamos en el plano contractual o en el de la protección social: los que resaltan los elementos que configuran la incapacidad y los que acentúan la pérdida de la capacidad de ganancia que sufre el trabajador⁷⁵. Teniendo en cuenta el primer grupo, la incapacidad para el trabajo y su duración limitada, serían los aspectos más relevantes⁷⁶ si bien algunos pronunciamientos judiciales inciden de una manera más específica en la necesidad de asistencia sanitaria, la incapacidad para el trabajo⁷⁷ y su carácter temporal⁷⁸. Por lo tanto,

⁷³ Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

⁷⁴ Art. 128 LGSS 1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a. Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros 100 ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (...). b. Los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

⁷⁵ Entre ellos: DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.) *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 346 y ss; JIMENEZ LARA, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 229 y ss; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª, Madrid, Civitas, 2000, pp. 259 y ss.

⁷⁶ DUEÑAS HERRERO, L.J., "Contingencia y prestación de incapacidad temporal" en BLANCO MARÍN, J.M., (Coord.) *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 42.

⁷⁷ STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 2001 (Rec. núm. 1247/2001), TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2000 (Rec. num. 2078/2000), STSJ de Cantabria de 2 de marzo 2000 (Rec. núm. 167/2000), TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid de 14 de febrero de 2000 (Rec. núm. 157/2000), TSJ de Navarra de 11 de marzo de 1999 (Rec. núm. 114/1999) o TSJ de La Rioja de 18 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 302/1997).

para hablar de incapacidad temporal se deben cumplir una serie de requisitos que pasamos a describir.

En primer lugar, existencia de una alteración de la salud debido a una enfermedad común, o una enfermedad profesional, accidente laboral o accidente no laboral. La alteración de la salud puede alcanzar cualquier dolencia, ya sea física o psíquica⁷⁹. El TS excluye las consecuencias de una intervención de cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria⁸⁰.

En segundo lugar, que por esta alteración el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social. La Ley no impide que el trabajador sea atendido por servicios médicos privados, pero sí requiere que dicha asistencia privada sea supervisada por los servicios sanitarios de la Seguridad Social. Es decir, si bien cabe la opción de que el trabajador acuda a un médico u hospital de libre elección, forzosamente deberá acudir posteriormente a los servicios sanitarios públicos a los efectos de conseguir la baja correspondiente⁸¹. Quedarán al margen las lesiones que no requieren esta asistencia por tener un carácter definitivo o incurable⁸². La situación de incapacidad temporal se mantendrá mientras se requiera asistencia sanitaria⁸³.

En tercer lugar que, además, esté impedido para la realización del trabajo. Habrá de entenderse que esté impedido para su trabajo habitual. En este sentido, la situación de incapacidad temporal se produce cuando la concurrencia de

⁷⁸ STSJ de Madrid de 4 de abril de 2005 (Rec. núm. 1884/2003), STSJ de La Rioja de 1 de junio de 2000 (Rec. Núm. 157/2000)) señala que el alta médica fue indebida, en sentido contrario, STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 8 de octubre de 1999 (Rec. núm. 1521/1999), señala que no reviste las características de temporalidad que exige la normativa legal. .

⁷⁹ OJEDA AVILÉS, A. "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social" *R.P.S.*, nº 109, 1976, pg. 26.

⁸⁰ STS de 21 de febrero de 2002 (Rec. núm. 769/2011). La sentencia defiende que no se puede obligar ni al estado ni a los empresarios a financiar proyectos puramente personales de mejora de la apariencia física que, aunque legítimos desde un punto de vista personal, no constituyen una situación de necesidad (cirugía mamaria). Sí se podrían dar otro tipo de situaciones, en las la operación estética sea de especial importancia, bien porque un componente físico o psíquico actúe como condicionante de esa decisión, excluyendo la mera voluntariedad del trabajador.

⁸¹ BRUNA REVERTER, J., *Incapacidad laboral. Problemática...*, op. cit. p. 80.

⁸² TORTUERO PLAZA, J.L., "La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas", *T.S.*, nº44/45, 1994, p.35.

⁸³ STSJ de Murcia de 4 de julio de 2005 (Rec. núm. 677/2005), a la fecha del alta combatida, el actor continuaba precisando asistencia sanitaria de la SS y, a demás, se encontraba impedido. STSJ de La Rioja de 10 de febrero de 2005 (Rec. núm. 31/2005. En sentido contrario STSJ de Murcia de 4 de julio de 2005 (Rec. núm. 704/2005) deniega el derecho a la prestación al trabajador por no requerir asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

cualquiera de los eventos indicados, hacen imposible al trabajador desempeñar con la debida eficiencia su labor dentro de su puesto de trabajo habitual. Al trabajador le está vedado transgredir la buena fe contractual regulada en el art. 54.2.d) del ET, entendiéndose que se produce dicha transgresión cuando existe un comportamiento desleal del trabajador, bien con la realización de actividades que evidencian su aptitud para el trabajo o contraviniendo las indicaciones médicas dilatando su restablecimiento o impidiendo, de algún modo, su más rápida reincorporación a su puesto de trabajo⁸⁴.

El problema que se plantea es que el ordenamiento jurídico no establece cuándo una alteración de la salud reviste la suficiente intensidad como para incapacitar al sujeto para el desempeño de su trabajo. No existen en nuestra legislación criterios objetivos ni valorativos que permitan establecer el grado de intensidad que se requiere⁸⁵. Se deberá atender, por tanto, de manera individualizada a cada sujeto para determinar caso a caso si existe o no incapacidad para trabajar⁸⁶.

El trabajo al que se refiere es aquel en el que el sujeto venía prestando servicios en el momento de producirse la alteración de la salud⁸⁷. Ante el supuesto de pluriactividad, es compatible la realización de un trabajo para el que el sujeto no se encuentre incapacitado y compatibilizarlo con la prestación de incapacidad temporal, siempre y cuando este trabajo no repercuta en el estado general de salud del sujeto ni en su tiempo de curación⁸⁸.

Y por último, con una duración limitada en el tiempo. Mientras la alteración de la salud que padece el trabajador requiera asistencia sanitaria existe la expectativa de una posible curación. El carácter temporal implica la existencia de una presunción de curación, la posibilidad de mejoría, la creencia de que es posible recobrar la capacidad para trabajar⁸⁹.

⁸⁴ STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social de 15 de marzo de 2012 (Rec. núm. 92/2012) analiza el caso de una trabajadora de la limpieza en situación de incapacidad temporal por depresión/ansiedad, que es encontrada por el empresario trabajando en un taller mecánico como limpiadora, siendo además verificado por la policía local desplazada a dicho lugar a petición del empleador, siendo finalmente despedida por la empresa.

⁸⁵ GARCÍA NINET, J.I., "La incapacidad temporal" en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.) *Derecho de la Seguridad Social...*, op. cit. p. 347.

⁸⁶ TORTUERO PLAZA, J.L. "La incapacidad laboral temporal...", op. cit. p. 38.

⁸⁷ BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal...*, op. cit., p. 22 y TORTUERO PLAZA, J.L. "La incapacidad laboral..." ,op. cit. p. 37.

⁸⁸ STS de 19 de febrero de 2002 (Rec. núm. 2127/2001) en unificación de doctrina. *Vid. infra* apartado 2.3.

⁸⁹ STSJ de Canarias, con sede en Las Palmas de 25 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 940/2002). STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2004 (Rec. núm. 121/2002), STSJ de Andalucía con sede en

El legislador acota el carácter temporal a una duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación⁹⁰.

Cuando un trabajador permanece en situación de incapacidad temporal, podrá estar en una de las tres siguientes situaciones que el INSS tendrá que apreciar:

- Se ha recuperado, curado o mejorado, de manera que pueda trabajar;
- No se ha recuperado, por lo que no puede trabajar y además no existe probabilidad de que vaya a alcanzar la curación o la mejoría en los siguientes 180 días, en cuyo caso se deberá verificar si el trabajador es acreedor de una incapacidad permanente, lo que supondrá la extinción de la incapacidad temporal⁹¹;
- El trabajador sigue con alteración de su salud y sin capacidad para realizar su trabajo pero es probable que se pueda recuperar si permanece en situación de incapacidad temporal en cuyo caso se puede prorrogar el proceso hasta alcanzar la duración máxima de 180 días adicionales⁹².

Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días (suma de 365 días más 180 días)⁹³, se examinará necesariamente, en el

Málaga de 8 de octubre de 1999 (Rec. núm. 1521/1999) consideró que los argumentos y razonamientos que determinan la procedencia o no de mantener la situación de IT, aparte la salvedad condicionada del transcurso del plazo máximo legal de duración, radican en que se tratan por propia definición de una situación provisional o transitoria temporal, en el sentido de que se considera posible la mejoría o la curación.

⁹⁰ BRUNA REVERTER, J. *La incapacidad laboral...*, op. cit. pp. 8-12.

⁹¹ Debe tenerse en cuenta lo regulado en el 2º párrafo del apartado a) del ordinal 1º del art. 128 de la LGSS. Transcurrida la duración máxima de incapacidad temporal de 365 días, el INSS a través de sus órganos para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, es el único competente para decidir sobre la prórroga máxima de otros 180 días. En caso contrario, determinará la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien emitirá el alta médica por curación o incomparecencia injustificada del interesado a los reconocimientos médicos. La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 11 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 2110/2011), declara que resulta improcedente e inadmisibile que por parte de la Mutua se pueda extender las consecuencias de la incomparecencia injustificada, con la extinción del subsidio, a otro proceso iniciado por el actor por causa de dolencia sobrevenida con posterioridad y distinta a la que amparaba hasta entonces el proceso de incapacidad temporal, y máxime cuando ninguna actuación por parte de la Mutua tendente a un examen o reconocimiento médico consta que se hubiera efectuado, ni intentado.

⁹² ÁLVAREZ MORENO, A., "Cambios en el régimen de cotización a la seguridad social de las remuneraciones laborales" en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.R. (Dir.) *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto- Ley 37/2014, de 28 de febrero*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 377.

⁹³ Recogido en el párrafo primero de la letra a del apartado 1 del art. 128.

plazo de tres meses el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda⁹⁴. Tras la redacción introducida por la Ley 22/ 2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, queda zanjada la cuestión de qué debe entenderse por plazo máximo⁹⁵. Esto es, si procede la extinción de la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo inicial previsto en el art. 128.1 de la LGSS de seis meses para los períodos de observación por enfermedad profesional y de doce meses en el resto de situaciones protegidas o si, por el contrario, la extinción por esta causa exige haber agotado también la prórroga ordinaria de seis meses para cada una de las situaciones de que se trate⁹⁶.

Al periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación⁹⁷.

⁹⁴ Epígrafe 2º del art. 131 bis de la LGSS (modificado por el apartado tres de la disposición final cuarta de la en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

⁹⁵ ROQUETA BUJ, R y FERNÁNDEZ PRATS, C. *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014, p. 218.

⁹⁶ El régimen jurídico de la incapacidad temporal ha sufrido un proceso de reforma continua que se inició en la LPGE de 2006 que introdujo importantes modificaciones en la redacción de los artículos 128 a) y 131 bis LGSS, cambiado luego por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de Medidas de Seguridad Social, y posteriormente modificados por la LPGE para el 2010 en el cómputo de los plazos que pasan de contarse en meses a hacerse en días, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre que suprimió el párrafo 3º del apartado 1 del artículo 131 bis LGSS. A estos cambios se añaden otros como la modificación del art. 222 LGSS relativo a la determinación de la cuantía de la prestación de IT tras el cese en el trabajo, la introducción por la Ley 25/2010 de la DA 52ª LGSS por la que se faculta a los inspectores médicos adscritos al INSS para emitir altas médicas, la regulación en el RD 1430/2009 de un procedimiento de revisión por el INSS de las altas médicas emitidas por entidades colaboradoras, o por último, las reformas introducidas en la LRJS en relación con la revisión jurisdiccional de las altas médicas. Nos encontramos a la espera de la próxima aprobación de un Real Decreto sobre el control de la incapacidad temporal y de una nueva regulación del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que pretenden mejorar los controles sobre el trabajador para establecer si concurre en el supuesto de padecer una enfermedad o lesión de entidad suficiente para no realizar su trabajo, y en los casos de procesos de incapacidad temporal de larga duración, clarificar cuándo el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal y cuándo en situación de incapacidad permanente.

⁹⁷ Ordinal 2 del artículo 128 LGSS. La recaída se configura por la existencia de un elemento temporal y otro etiológico. Desde el punto de vista temporal, es necesario que se haya emitido alta médica o decisión administrativa acordando iniciar un proceso de incapacidad antes de que haya finalizado la duración máxima del proceso de 545 días, de manera que el alta no actúa, como causa de extinción sino de interrupción del proceso. En segundo lugar es en Cesario que no transcurran más de 180 días naturales entre el alta o la resolución denegatoria del reconocimiento de la incapacidad permanente y la nueva baja médica. Desde el punto de vista etiológico los dos procesos consecutivos deben derivar de la misma o similar patología a lo que se debe añadir que de distinta contingencia. El concepto de similar patología responde a la existencia de un nexo causal entre la enfermedad que dio lugar a la primera baja y la que da lugar a la recaída.

Si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viere interrumpido por periodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad⁹⁸. Ahora bien, si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas, no estaremos en ningún caso ante una recaída sino ante un nuevo periodo de incapacidad temporal cualquiera que sea el lapso de temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo⁹⁹.

Un trabajador podría solicitar una nueva incapacidad temporal después de un alta médica por la misma patología o similar si existe un periodo de actividad laboral superior a ciento ochenta días o si, aun no llegando a ese periodo, el INNS, a través de sus órganos para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja¹⁰⁰.

Si bien dentro de este epígrafe sobre incapacidad temporal se podría incluir su delimitación frente a otras contingencias como la maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, los requisitos para ser beneficiario o la dinámica del derecho a la prestación, la incapacidad temporal tiene un fin eminentemente curativo y, por lo tanto, es una situación transitoria y tangencial al estudio que se viene realizando en estas páginas. Tras agotar los plazos máximos, el trabajador recibirá la resolución en la cual o bien se entiende que está afecto de una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o que sus posibles secuelas no le impiden el desarrollo de su actividad profesional¹⁰¹.

⁹⁸ Párrafo 2º del epígrafe 1 del art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se dictan Normas para la Aplicación y Desarrollo de la Prestación por Incapacidad Laboral Transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁹⁹ STS de 1 de abril de 2009 (Recud. 516/2008). El reclamante inicia IT derivada de enfermedad común, extingue su relación laboral y el subsidio es asumido por el INSS, es dado de alta por curación y sin haberse inscrito como demandante de empleo ni haber solicitado subsidio es nuevamente dado de baja por recaída y reclamado el subsidio por IT. La ST declara el derecho al actor de percibirlo.

¹⁰⁰ 2º párrafo del apartado a) del ordinal 1º del art. 128 LGSS y 2º párrafo del apartado 1º. Del art. 131 bis de la LGSS. Sentencia Sala Social TS de 1 de abril 2009, Rec. núm. 516/2008 donde ante una misma patología puede dar lugar a diferentes procesos de incapacidad temporal y no cabe hablar propiamente de «recaída» e sentido legal, cuando se reproduce la misma patología en el trabajador transcurridos más de 180 días de actividad laboral.

¹⁰¹ Para el tratamiento de la IT nos remitimos a la abundante bibliografía existente, entre ella: ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M., "Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos", *Revista de Información Laboral* nº 5, 2015. SÁNCHEZ PÉREZ, J. "Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa, *Revista de información Laboral*, nº 12, 2014; SALCEDO BELTRÁN, Mª C., Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo" *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2013.

2.2 Incapacidad permanente

La incapacidad permanente viene definida en nuestra legislación¹⁰² como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. La norma no especifica el riesgo productor de las mismas, común o profesional¹⁰³. Es indiferente que las reducciones deriven de accidente de trabajo, accidente no laboral, enfermedad profesional o enfermedad común¹⁰⁴. Por otro lado, el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 136 de la LGSS refiere que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación¹⁰⁵.

La norma prevé todas las situaciones posibles con independencia de las dolencias, del sujeto y del trabajo, permitiendo, de este modo, el tratamiento individualizado

¹⁰² Apartado 1 del art. 136 de la LGSS reformado por la DF 4ª. Cuatro LPGE/2014 que modifica el primer párrafo del apartado 1 del art. 136 con la finalidad de suprimir las referencias relativas a que el trabajador para encontrarse en situación de incapacidad permanente previamente debía haber sido dado de alta médicamente. La supresión responde a razones de coherencia con el art. 131 bis LGSS que permite, iniciar el procedimiento de incapacidad permanente, bien a consecuencia de alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por decisión acordada por la entidad gestora la alcanzar el proceso de incapacidad temporal los 365 días de duración, por acuerdo de la entidad gestora durante la prórroga del proceso de incapacidad temporal, o tras el agotamiento de la duración del plazo de 545 días de duración del proceso.

¹⁰³ BENEYTO CALABUIG, D., *La reforma de la Seguridad Social 97: análisis práctico y comentarios de la Ley 24/1997*, Valencia, CISS, 1997, p. 58.

¹⁰⁴ STS de 28 de septiembre de 1998 y en las que en ella se citan. La calificación de incapacidad debe efectuarse desde la consideración global de las secuelas existentes, tanto las que traigan causa directa del accidente sufrido, como aquellas otras que fueran preexistentes, cuando, cual es caso, su concurrencia genera una nueva situación, que es la que ha de ser valorada en su conjunto. Asimismo RJ 1991\191 STS 29 de enero de 1991.

¹⁰⁵ La Jurisprudencia exige una agravación trascendental posterior. STS de 14 de diciembre de 2010 (Recud. núm. 1419/2010). El párrafo ha sido redactado en virtud de la Disposición adicional segunda de la Ley 35/2002, de 12 de julio, siendo confeccionado gracias a una consolidada línea jurisprudencial, que finalmente fue recogida en la redacción anterior. Esta doctrina viene establecida, entre otras, en la Sentencia de 27 de junio de 1992, con cita de las de 10 de junio de 1986, 23 de febrero de 1987, 10 y 11 de noviembre de 1988, 31 de enero y 10 de abril de 1989, y 9 de marzo de 1990, así como en las Sentencias posteriores de 26 de septiembre de 2007, 21 de febrero de 2008, 6 de noviembre de 2008 y 19 de enero de 2010, en las que señalaba que «el agravamiento de los padecimientos es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anula la capacidad laboral que aquél mantenía y que le permitió realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la seguridad social».

de cada supuesto en atención a las específicas circunstancias subjetivas y objetivas del beneficiario¹⁰⁶.

En caso de desacuerdo con la resolución del INSS, para determinar el grado de incapacidad permanente deben tenerse en cuenta las dolencias que tiene el trabajador hasta el momento de celebración del juicio oral cuando éstas se hayan agravado respecto de las que existían en el momento de resolución administrativa¹⁰⁷.

Son, pues, tres las notas características que definen el referido concepto legal: la alteración grave de la salud, la disminución o anulación de la capacidad laboral y el carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

La alteración grave de la salud debe ser sobrevenida, involuntaria y objetivable¹⁰⁸. La incapacidad debe producirse tras el desempeño de un empleo o actividad profesional¹⁰⁹ y si fueran anteriores a la afiliación no darían lugar a la declaración de incapacidad permanente¹¹⁰. Pero el hecho de que tales reducciones las padezca el interesado con anterioridad a la afiliación no es razón suficiente para que no proceda tal declaración, si las mismas experimentan una agravación trascendental posterior o un empeoramiento durante el período de tiempo en que aquél estuvo afiliado en alta en el sistema de la Seguridad Social¹¹¹. Existen enfermedades de evolución lenta y progresiva que en sus comienzos mediante el oportuno

¹⁰⁶ GOERLICH PESET, J. M^a, “La reforma de la incapacidad permanente” en PARDEL VEA (Coord.), *La reforma de las pensiones de 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1999. p. 59.

¹⁰⁷ STS 05 de marzo 2013 (Rec. núm. 1453/2012).

¹⁰⁸ ROQUETA BUJ, R. La incapacidad permanente en ROQUETA BUJ, R. Y FERNANDEZ PRATS, C. *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014 pp. 337-345. TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental...*, op. cit. p. 25, señala que la vivencia subjetiva de la enfermedad ha sido el reproche que le ha expulsado tradicionalmente de la calificación de la invalidez. La fibromialgia y el síndrome de fatiga crónico han venido siendo descartadas como enfermedades incapacitantes debido a las dificultades de objetivación.

¹⁰⁹ STS de 28 de diciembre de 1991 (Recud. núm. 889/1991). GARCIA NINET, J.I., “La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos”, *T.S.*, n^o10, 1991, p. 31.

¹¹⁰ STS 26 de enero de 1999 (Recud. núm. 5066/1997) La ST recoge que la mayor parte de la patología que sufre la demandante y, sin duda alguna, la que incide en mayor medida en su capacidad laboral, es anterior a su afiliación al sistema de la SS por lo que dichas lesiones no pueden ser tenidas en cuenta al objeto de incluir la situación de la actora en el grado de invalidez postulado.

¹¹¹ STS 26 de septiembre de 2007 (Recud. núm. 2492/2006) donde reconoce que el demandante se halla en situación de IPA por problemas de salud mental, ya que si bien tenía lesiones originarias a la afiliación éstas se vieron agravadas anulando la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación, STS de 19 de enero de 2010 (Recud. núm. 1155/2009) se pronuncia en el mismo sentido con una vendedora de la ONCE con padecimientos anteriores a la afiliación (poliomielitis) luego agravados.

tratamiento médico permiten trabajar hasta que llega un momento en el que por sí mismas o por la interacción de otras dolencias inhabilitan para realizar todas o algunas de las tareas fundamentales de la profesión habitual o de cualquier actividad laboral. Por ello, para determinar si la situación protegida ha tenido o no lugar antes de la afiliación en el sistema de la Seguridad Social, ha de estarse al momento en el que aparece el efecto invalidante, en cuanto existencia real de una incapacidad de trabajo, y no a aquél en que se inicia la enfermedad¹¹². Respecto a la agravación posterior, debe ser transcendental¹¹³. Que las reducciones anatómicas o funcionales sean susceptibles de determinación objetiva, es decir, *que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado*¹¹⁴. Por *reducción anatómica* se entiende la amputación de un miembro o parte del mismo o la extracción de un órgano, mientras que la *reducción funcional* implica la pérdida de la funcionalidad de una parte del cuerpo que afecte a la capacidad completa del individuo¹¹⁵. Exigencia que tiene una especial significación en el terreno de las enfermedades y lesiones psíquicas¹¹⁶.

Que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para la profesión habitual-incapacidad permanente parcial-, o la que impide, la realización de todas las fundamentales tareas de la misma-incapacidad permanente total-, hasta la abolición de la capacidad de rendimiento normal para cualquier profesión y oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer-incapacidad permanente absoluta¹¹⁷.

Que sean *previsiblemente definitivas*, esto es, incurables, irreversibles, siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que

¹¹² STS de 31 de enero de 1989 (RJ 1989\334) pues ésta en sus primeras formas de manifestación puede ser compatible con el trabajo, doctrina que expone la STS de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987\1100).

¹¹³ STS de 14 de diciembre de 2010 (Recud. núm. 1419/2010) recoge que no puede tomarse en consideración, a efectos de declarar una situación invalidante, el proceso patológico que se inició con anterioridad a la fecha de afiliación y de alta del interesado en el SS, salvo que se haya producido una agravación transcendental posterior.

¹¹⁴ STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 2117/2013).

¹¹⁵ BRUNA REVERTER, J., *Incapacidad laboral...*, op cit. p. 79.

¹¹⁶ OJEDA AVILÉS, A., "El concepto legal...", op. cit. p. 27.

¹¹⁷ STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 2117/2013).

no puede emitirse sino en términos de probabilidad¹¹⁸. El art. 166.1 LGSS admite que *no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido si dicha posibilidad se estima medicamente como incierta o a largo plazo*. El art. 143.2 del mismo Texto prevé la posibilidad de revisión de las declaraciones de incapacidad permanente por *mejoría*.

Los grados de incapacidad permanente se conforman en el artículo 137 de la LGSS cuya nueva redacción viene dada por el art. 8 de la Ley 24/1997¹¹⁹. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- Gran invalidez.

Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual es aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma¹²⁰. Por lo tanto, la incapacidad debe producir una disminución igual o mayor del 33 por 100 en su rendimiento total, esto es, debe alcanzar la tercera parte de esa capacidad y no deben dar lugar a una incapacidad permanente total¹²¹. Se trata de una figura que se reconoce de manera marginal en el momento actual.

Se entiende por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión siempre que pueda dedicarse a otra distinta¹²².

¹¹⁸ BRUNA REVERTER, J., *Incapacidad laboral...*, op. cit. p. 80.

¹¹⁹ El legislador establece un nuevo sistema para la calificación de la incapacidad permanente y la determinación del grado incapacitante que no será operativo hasta que no se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario. De acuerdo con la DT 5ª bis de la LGSS, añadida por el art. 8.2 de la Ley 24/1997, debería haberse producido en el plazo de un año desde la aprobación de la Ley 24/1997. La DA 39ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, amplió el plazo anterior, de modo que las disposiciones reglamentarias deberían haber sido aprobadas por el Gobierno durante el ejercicio de 1999. Entre tanto, continúa siendo de aplicación el antiguo art. 137 de la LGSS (DT 5ª bis LGSS) STS de 9 de febrero de 2000 (Recud. núm. 1545/1990) y STS de 23 de noviembre de 2000 (Recud. núm. 3533/1999).

¹²⁰ De acuerdo con el antiguo art. 137.3 LGSS.

¹²¹ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M. *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, Boch, 1993, p.179.

¹²² De acuerdo con el antiguo art. 137.4 de la LGSS.

La incapacidad permanente en grado de total requiere que las lesiones padecidas por el trabajador le inhabiliten para todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual¹²³, entendiendo por tal, la que fundamentalmente realizaba antes de la enfermedad, o la desempeñada normalmente antes del accidente, siempre que no se halle impedido para ejercer otra actividad¹²⁴. No sólo debe ser reconocida al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, es imperativo tener presente que la realización de una actividad laboral implica no sólo la posibilidad de efectuar cualquier faena, tarea o quehacer, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia y, la necesidad de consumirla en régimen de dependencia de un empresario, durante la jornada laboral¹²⁵, o cuando sin producir tales efectos, generan para el trabajador o sus compañeros riesgos adicionales o superpuestos a los normales de la profesión¹²⁶ o comportan una continua situación de sufrimiento en el trabajo cotidiano debiendo descartarse las posibilidades ilusorias ni las que respondan a un afán de superación del trabajador, o a un

¹²³ Por ejemplo, en relación a la determinación de la profesión habitual de bombero, siguiendo lo establecido en las SSTs 12 de febrero de 2003 (Rec. núm. 861/2002), 28 de febrero de 2005 (Rec. 159/2004), 27 de abril de 2005 (Rec. núm. 998/2004), 10 de junio de 2008 (Rec. núm. 256/207, 23 de febrero de 2006 (Rec. núm. 5134/2004 y 25 de marzo de 2009 (Rec. núm. 3402/2007), en relación con policías locales, en STS 10 de octubre 2011 (Rec. núm. 3402/2007), en cuya doctrina se reitera en STS 03 de mayo de 2012 (Rec. núm. 1809/2011) creando jurisprudencia, que a su vez se sigue en STS 22 de mayo de 2012 (Rec. núm. 2111/2011), 07 de junio de 2012 (Rec. núm. 1939/2011), 02 julio de 2012 (Rec. núm. 3256/2011), 04 de julio de 2012 (Rec. núm. 1923/2011), 10 de julio de 2012 (Rec. núm. 2900/2011), 24 de julio de 2012 (Rec. núm. 3240/2011), 16 de octubre de 2012 (Rec. núm. 3907/2011), 02 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4074/2011) y 04 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 258/2012) se considera que a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero al servicio de la Generalidad de Cataluña, deben considerarse todas las funciones de dicha profesión, es decir, tanto las correspondientes a la primera actividad, como las de la segunda actividad que son las desempeñadas por los actores tras el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total. Ello implica que persistiendo las lesiones por las que fueron declarados en tal situación, si bien pueden ejercer funciones de segunda actividad, debe mantenerse el reconocimiento en dicho grado incapacitante, sin que sea posible revisar la incapacidad para determinar que el grado es permanente parcial en atención a las funciones efectivamente ejercidas en la segunda actividad. Entiende la Sala IV que la profesión habitual no se define en función de un concreto puesto de trabajo, sino en atención a la delimitación formal del grupo profesional, es decir, deben tenerse en cuenta a efectos de tal calificación de la incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la "profesión".

¹²⁴ De acuerdo con el antiguo art. 137 núms. 4 y 2 LGSS).

¹²⁵ STS de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986/2618) Recoge que no existe posibilidad de trabajo incluso, aunque se trate de los livianos y sedentarios, porque aun para éstos se necesita un mínimo de capacidad de obrar y una posibilidad de someterse a las órdenes y al horario de trabajo que se le fije, debiendo descartarse las posibilidades quiméricas o ilusorias ni las que respondan a un afán de superación del trabajador, o a un exceso de tolerancia en el empresario – STS de 14 de diciembre de 1983 (RJ1983\6211), 31 de enero (RJ 1984\123) y 16 de febrero de 1984 (1984\888). En el mismo sentido STS y de 21 de marzo de 2005 (Recud. Núm. 1211/2004).

¹²⁶ STS de 12 de julio de 1985 (RJ 1985\3765) el trabajador padece unas crisis que influyen en su seguridad y en las de sus compañeros.

exceso de tolerancia del empresario¹²⁷. No será obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas o sedentarias o incluso pueda desempeñar tareas menos importantes o secundarias de su propia profesión o cometidos complementarios, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad profesional¹²⁸.

Debemos hacer una especial referencia a los trabajadores autónomos¹²⁹. Los tribunales valoran la circunstancia de que éste tenga o no otros trabajadores a su servicio. De no tenerlos, se acepta la incapacidad permanente total cuando el trabajador no está en condiciones de acudir al comercio con habitualidad y eficacia, de cubrir una jornada, de atender al público, de mover y despachar los géneros vendidos, aunque pueda dirigir la explotación¹³⁰. No obstante, al no estar sujeto el trabajador autónomo a la disciplina empresarial ni horario y poder auxiliarse de otras personas, al menos para las tareas más pesadas, ello le confiere un mayor margen de respuesta a sus secuelas y le faculta para organizar su actividad en función de sus capacidades físicas sin merma de la realización de las labores fundamentales de la profesión, por lo que se valoran con mayor rigor y exigencia las posibles consecuencias invalidantes de las dolencias constatadas¹³¹. Si el trabajador autónomo tiene trabajadores a su servicio, para rechazar tal grado de incapacidad, basta con que aquél pueda dirigir la explotación empresarial siempre y cuando pueda hacerlo de forma habitual, personal y directa, pues la actividad del trabajador autónomo no puede quedar relegada al desempeño de la mera titularidad¹³².

¹²⁷ STS de 7 de junio de 1985 (RJ 1986\2618) El TS estima que la patología le origina gonalgias continuas que le impiden deambulación prolongada y bipedestación continua, y un campo de secuelas ante el que no existe posibilidad de trabajo, aunque se trate de los livianos y sedentarios. Cita STS de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6211), STS 31 de enero de 1984 (RJ 1984\123) y 16 de febrero de 1984 (RJ1984\888).

¹²⁸ STSJ de Madrid de 17 de julio de 2006 (Rec. núm. 1681/2006).

¹²⁹ Atendiendo al art. 2.1 del Decreto 2530/1970, trabajador por cuenta propia o autónomo es aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

¹³⁰ STS de 6 de junio de 1986; STSJ de Castilla -La Mancha de 9 de diciembre de 1996 (Rec. 951/1996) y de Canarias de 26 de enero de 2001 (Rec. núm. 570/1999).

¹³¹ ROQUETA BUJ, R. "Incapacidad permanente"op. cit. p. 367 STS de 12 de febrero de 1986 (RJ 1986\751) y STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990\6428). Su condición de autónoma le confiere un mayor margen de respuesta activa a dichas secuelas en cuanto excluye la sujeción a las exigencias de un tercero y posibilita la utilización de servicios de un ayudante para las tareas más pesadas y faculta para la auto-organización de la actividad laboral en función de las propias capacidades físicas sin merma de la realización de las labores fundamentales del oficio.

¹³² *Ibíd.*, p. 368.

La incapacidad permanente absoluta¹³³ sólo se reconoce cuando el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio¹³⁴. Los criterios que con reiteración ha sentado la Jurisprudencia del TS en relación con el grado de incapacidad permanente absoluta son los siguientes:

- Deben valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar a quien los sufre sin posibilidad de iniciar y consumir las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple de los que, como actividad laboral retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen¹³⁵.
- No sólo debe ser reconocido este grado de incapacidad al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también aquel que, con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas que componen una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. Esta calificación no impide la posibilidad de desarrollar aquellas actividades marginales que el artículo 138 de la Ley General de la Seguridad Social- actual. Art. 141 de la LGSS de 1994- declara compatibles con la percepción de pensión por incapacidad permanente absoluta¹³⁶.
- La realización de una actividad laboral, por liviana que sea, incluso las sedentarias, sólo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de

¹³³ De acuerdo con el antiguo art. 137.5 de la LGSS, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

¹³⁴ ROQUETA BUJ, R; FERNANDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar....*, op. cit. p. 372.

¹³⁵ Desde la STS de 9 de febrero de 1987, principalmente, ha recopilado la doctrina en orden al grado de absoluta de la incapacidad permanente, estableciendo que “en este grado de incapacidad, teniendo presente el texto de dicho precepto que lo tipifica, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, no sólo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también aquél que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. A tal fin han de valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de iniciar y consumir a quien las sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el mas simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen. STS 24 de marzo de 1986 (RJ 1986\1381) y 13 de octubre de 1987 (RJ 1987\6986).

¹³⁶ STS de 24 de marzo 1986 (RJ 1986\1381) y en el mismo sentido STS 12 de julio de 1986 (RJ 1986\4035), STS de 14 de octubre de 1986 (RJ1986\5469), STS 24 de marzo de 1987 (RJ 1987\1670).

trabajo y permanencia en el mismo durante toda la jornada laboral. Debe poder realizarse con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden que comporta la integración en una empresa, en régimen de dependencia de un empresario dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las capacidades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales¹³⁷, salvo que se den un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquella en las que se ofrezcan tales carencias¹³⁸.

Finalmente, se entiende por Gran Invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos¹³⁹. Se trata de un complemento añadido a una situación de incapacidad permanente por imposibilidad para realizar las actividades básicas de la vida diaria y la necesidad de precisar ayuda de tercera persona. La jurisprudencia define el acto esencial para la vida como el preciso para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia¹⁴⁰.

¹³⁷ STS de 14 de diciembre 1983 (RJ 1983\6211), 16 de febrero 1984 (RJ 1984\888), 9 de octubre 1985 (RJ\1985), 13 de octubre 1987 RJ 1987\6989) y 3 de febrero 1986 (RJ1986 \698), STS de 20 de marzo de 1986 (RJ 1986\1365) y 24 marzo(RJ 1986\1381), STS de 12 julio de 1986 (RJ 1986 \4035) y 30 septiembre 1986 (RJ 1986\5221).

¹³⁸ Sentencia TSJ La Rioja 84/2011 de 21 de marzo (Rec. núm. 115/2011). El actor presenta una pluripatología que, conjuntamente valorada, pone de relieve un estado de salud psico-físico manifiestamente deteriorado, y una situación muy limitativa de la capacidad funcional laboral que no permite apreciar que el demandante esté en las condiciones adecuadas para asumir los mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables para desempeñar cualquier trabajo por muy sencillo que éste sea, aún en un centro especial de empleo.

¹³⁹ De acuerdo con el antiguo art. 137.6 LGSS.

¹⁴⁰ Se reconocerá el derecho a esta prestación si el sujeto se encuentra impedido para hacer uno solo de estos actos esenciales. STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2004. En la STSJ de Murcia de 19 de enero de 2004 (Rec. de suplicación núm. 2/2004), no reconoce la prestación de gran invalidez ante un caso de práctica ceguera, porque no se ha acreditado que precise tercera persona para el desempeño de las actividades propias de la vida diaria en relación con su dignidad personal y situaciones elementales. Del mismo modo se pronuncia el tribunal en la STSJ de Cantabria de 12 de junio de 2003, donde no se reconoce la pensión de gran invalidez a un trabajador que no precisa de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida, el hecho de que precise ayuda para llevar su vida cotidiana por sufrir una depresión no constituye un supuesto típico de gran invalidez. Esas necesidades de apoyo connaturales a la depresión grave forman parte del estado

Por otro lado, el concepto legal que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, debe darse a las actividades básicas de la vida diaria es el de las tareas más elementales de la persona que le permitan desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer persona y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas, superando así una concepción limitada a las que podríamos tener como funciones de mera conservación biológica o supervivencia¹⁴¹. Sin embargo, los conceptos de gran invalidez y de dependencia no son equiparables¹⁴² y nos podemos encontrar en la práctica con una persona a la que se le ha reconocido una gran dependencia y no una gran invalidez¹⁴³.

Se estiman como constitutivas de gran invalidez, entre otras situaciones, la ceguera total, la carencia de extremidades, la paraplejia, la parálisis de piernas que obliga a utilizar sillas de ruedas, la falta de funcionalidad en las extremidades superiores, la pérdida anatómica de varios dedos de ambas manos, o la enfermedad de Alzheimer. Por el contrario, se estima que no justifican por sí solas la necesidad de valerse de otra persona para los actos esenciales de la vida, una hemiplejia izquierda, un proceso artrósico que afecta a las rodillas que obliga a deambular con ayuda de un bastón, una hemiparesia izquierda y epilepsia tipo gran mal sin crisis originantes de período transitorio de conocimiento, o una enfermedad obstructiva de carácter severo con oxigenoterapia domiciliaria durante dieciséis horas diarias. Por último, la interpretación literal, lógica y finalista del precepto de que puedan llevarse a cabo actos de continuación vital, el presupuesto de éstos, la defensa integral de la vida de la tendencia a la autodestrucción del trabajador ha de estar dentro del mismo, cual ocurre en el caso del trabajador que debe ser protegido de su obsesión suicida y autolesiva¹⁴⁴.

clínico del actor constitutivo de una incapacidad permanente absoluta, pero no determinan la imposibilidad de llevar a cabo los actos esenciales de la vida por sí mismo.

¹⁴¹ STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011 (Rec. núm. 2320/2011).

¹⁴² STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2012 (Rec. núm. 557/2011) y STSJ de Andalucía de 13 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 1323/2012).

¹⁴³ Interesante comentario realiza VALDÉS ALONSO, A. "Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente (Comentario a la STS 4ª, de 21 de marzo de 2007)" en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2008, pp. 543-547. En esta sentencia se declara improcedente el reconocimiento automático de la condición de "minusválido" a favor de los titulares de pensiones de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez por tratarse de ámbitos normativos solo parcialmente coincidentes.

¹⁴⁴ ROQUETA BUJ, R; FERNÁNDEZ PRATS, C, La incapacidad para trabajar... op. cit. pp. 374-376.

Al contrario que la adecuación experimentada en el concepto discapacidad, la incapacidad y su clasificación no se ha modificado con el tiempo. Nuestro sistema de Seguridad Social es esencialmente “profesional” en el que destaca la valoración de las lesiones y limitaciones así como de la incidencia del menoscabo orgánico funcional puesto en relación con la profesión. En el mundo del trabajo actual existe gran especialización y diversificación así como un continuo cambio en los procesos que condicionan modificaciones en las condiciones de trabajo. También son frecuentes la movilidad laboral y la temporalidad en el empleo. Las reglas tradicionales sobre las que se ha organizado la gestión de recursos humanos se han modificado como así lo han hecho las bases sobre las que las personas construían sus propias trayectorias profesionales. El mundo económico-productivo se encuentra sometido a un notable ritmo de cambio.

En este contexto, la clasificación tradicional sobre la incapacidad laboral recogida en la legislación, fundamentalmente en lo relativo al concepto de “incapacidad total para su puesto de trabajo habitual”, está claramente obsoleta.

La extinción automática de la relación laboral con fundamento en el art. 49.1 e) ET puede apartar a un trabajador de aquel puesto para el que tiene formación y experiencia adecuadas, despreciando toda su capacidad residual e incentivando que se acomode a una situación de incapacidad por la que percibirá una cuantía económica, normalmente entre el 55 y 75 por 100 de su base reguladora, que si bien implica un empobrecimiento de su situación económica, puede ser suficiente, normalmente, para su supervivencia. Esta situación tiene como consecuencia desincentivar la búsqueda, por parte del trabajador afecto, de un nuevo trabajo.

Son las limitaciones funcionales, y no los diagnósticos, las que consolidan una situación de incapacidad. Una lesión mínima puede dar lugar a una incapacidad total en el caso de una profesión y, en el supuesto extremo, una grave dolencia puede no ser incapacitante dependiendo de su escasa incidencia en una profesión concreta¹⁴⁵.

Parece, por las cifras que se analizarán en próximos apartados¹⁴⁶, que la opción de adaptar del puesto de trabajo¹⁴⁷ es absolutamente testimonial y no refleja en realidad las posibilidades de permanencia existentes en el ámbito laboral. A modo

¹⁴⁵ VICENTE PARDO, J.M. *El informe médico de valoración de la capacidad laboral y la ficha de evaluación de la capacidad laboral, una nueva herramienta en la gestión y valoración de las situaciones de incapacidad*, Foro de incapacidad laboral. Disponible en http://www.lmee-svmt.org/archivos/131004_DrVicente_Informe_Medico_Valoracion_Capacidad_Laboral.pdf

¹⁴⁶ Vid. *infra* apartado 17.1.

¹⁴⁷ Recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, 1995).

de ejemplo, teniendo en consideración la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia del año 2008 del INE, del total de personas de ambos sexos, el porcentaje de personas con discapacidad a las que se realizó la adaptación de su puesto de trabajo fue sólo el 7,73 por 100 frente a un 92,27 por 100 donde no se realizó ninguna adaptación.

2.3 Consecuencias contractuales de la incapacidad

Se han producido grandes cambios relacionados con las tareas, el marco social y contractual de las relaciones laborales. No todas las profesiones¹⁴⁸ se realizan en las mismas condiciones y con el mismo nivel de exigencia ya que dependerá del puesto de trabajo, de la manera específica de ejecutarlo así como de otros condicionantes relacionados con el marco laboral y organizativo.

Una misma profesión y un mismo trabajo tienen condiciones diferentes dependiendo de si se realizan desde el autoempleo, la administración, una empresa grande o pequeña o en situaciones contractuales fijas o provisionales¹⁴⁹, pero todas tienen algo en común y es la expulsión de las personas con discapacidad sobrevenida del mercado de trabajo.

Dependiendo del tratamiento que otorga el Sistema de Seguridad Social nos podemos encontrar ante diversas situaciones: la incapacidad temporal supondrá la suspensión de la relación laboral con derecho a la reincorporación, la incapacidad permanente parcial, como regla general, supondrá el mantenimiento de la relación laboral, con posibles ajustes y, excepcionalmente, extinción por ineptitud sobrevenida, mientras que las situaciones de incapacidad total, absoluta o gran invalidez conllevan la extinción automática de la relación laboral salvo pactos convencionales. También existe posibilidad de reingreso si recupera su capacidad. Analicemos cada uno de estos supuestos.

Para emitir una baja laboral o el parte de confirmación, en el caso de incapacidad temporal, es necesario comprobar si el menoscabo que tiene el trabajador le impide incorporarse a su puesto de trabajo. Si no existen limitaciones orgánicas y/o funcionales que le incapaciten para el desarrollo de sus actividades laborales, y la incorporación al puesto de trabajo no supone agravación de la situación patológica, deberá procederse al alta laboral y reanudar la baja cuando las

¹⁴⁸ Recordemos que profesión es el empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce, con derecho a retribución y el puesto de trabajo es el lugar físico, herramientas, tareas, deberes y responsabilidades, asignados a una persona en un ámbito laboral, mientras que la tarea es el conjunto de operaciones, actos o secuencias, agrupados en el tiempo y destinados a contribuir a un fin específico para alcanzar algún objetivo.

¹⁴⁹ VVAA., *Guía de Valoración Incapacidad Laboral para médicos de atención primaria...* op. cit, p. 30.

circunstancias derivadas de los tratamientos se modifiquen. Si no existen posibilidades de recuperación funcional suficiente que permitan la reincorporación laboral del trabajador se deben considerar las condiciones y situaciones específicamente vinculadas al puesto de trabajo¹⁵⁰.

Reconocida la situación de incapacidad temporal del trabajador por causas previstas en el art. 128.1 LGSS, el contrato de trabajo queda suspendido en virtud de lo establecido en el art. 45.1.c) ET, quedando exoneradas las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo¹⁵¹ con la obligación por el empresario de reservar el puesto de trabajo¹⁵².

Cualquiera que sea la causa de la situación de incapacidad temporal, el empresario está obligado a cotizar a la Seguridad Social¹⁵³, así como al anticipo del abono del subsidio, en virtud del pago delegado¹⁵⁴, e incluso cuando así está convenido, completar el mismo hasta el importe íntegro del salario. El empresario debe atender la ausencia del trabajador, mediante los servicios de otro empleado o con la contratación de uno nuevo¹⁵⁵. Esta norma supone una carga económica importante para el común del tejido empresarial nacional pues el empresario tiene que hacer frente no sólo a la cotización a la Seguridad Social sino al anticipo del abono del subsidio y a la contratación de un nuevo empleado por el tiempo que permanezca el primero en situación de incapacidad, por lo que en muchas ocasiones la situación pasa por rescindir el contrato de trabajo.

En el caso de incapacidad permanente parcial y situaciones asimiladas, la regla general será el mantenimiento de la relación laboral. El contrato laboral sigue vigente con las únicas modificaciones que puedan hacer referencia a la adecuación del puesto de trabajo o a la posibilidad de modificación en cuanto a la extensión de

¹⁵⁰ El Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre por el que se crea el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social, establece la posibilidad y el mecanismo a través del cual los facultativos del Sistema Nacional de Salud, colaboran en la detección de dichas enfermedades. Para identificar la existencia de una enfermedad profesional, es necesario conocer el puesto de trabajo y las tareas, así como las exposiciones o sobrecargas, que de manera específica hayan podido originar la enfermedad. La valoración se realiza en base a la anamnesis y la historia laboral de trabajador.

¹⁵¹ Apartado 2º art. 45 ET.

¹⁵² Art. 48 ET.

¹⁵³ Art. 68 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

¹⁵⁴ Ordinal 2º del art. 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se dictan Normas para la Aplicación y Desarrollo de la Prestación por Incapacidad Laboral Transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁵⁵ STSJ de Murcia, Sala de lo Social de 23 de diciembre de 2011. (Rec. núm. 639/2011).

la jornada laboral. Excepcionalmente y con fundamento en el art. 52. a) ET se podría producir la extinción por ineptitud sobrevenida.

Sin embargo, el reconocimiento de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez supone la rescisión automática del contrato de trabajo que une al trabajador y al empleador (art. 49.1. e) ET, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 ET¹⁵⁶, esto es, sólo con la obligación de reserva de puesto de trabajo siempre que la incapacidad permanente total sea revisable, según quede recogido en la resolución donde se reconozca dicha circunstancia. Por lo tanto, la incapacidad permanente total no revisable supone el fin del vínculo laboral. Esta reserva, a su vez, es de difícil reivindicación dada la estructura y volumen de trabajadores de las empresas españolas ya que un elevadísimo tanto por ciento de las mismas están constituidas por pequeñas y medianas empresas, donde esta situación puede provocar graves perjuicios en la posibilidad de vuelta al puesto de trabajo una vez finalizada la incapacidad¹⁵⁷.

Por otra parte, el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta supone la resolución del vínculo laboral entre empleado y empleador de manera automática sin que a partir de dicha resolución exista obligación alguna por parte del empleador que no sea aquella del abono de las cantidades que le sean adeudadas al trabajador hasta esa fecha sin reserva de plaza.

Por tanto, debemos tener presente que la declaración de un trabajador en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez es causa de extinción del contrato de trabajo (art 49.1.e ET) salvo que exista pronóstico de mejoría, en cuyo caso tendrá efectos suspensivos. Los convenios colectivos pueden prever la posibilidad de asignar al trabajador declarado inválido total un puesto

¹⁵⁶ En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente. Véase art. 7 RD 1300/1994, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE, 19/08/1995).

¹⁵⁷ Recordemos que la legislación autoriza el trabajo una vez reconocida la incapacidad total para su puesto de trabajo habitual siempre y cuando el nuevo, tenga características o exigencias diferentes. No podemos despreciar que en numerosas situaciones el trabajador, al que le ha sido reconocida dicha incapacidad total, desempeña un nuevo puesto de trabajo con requerimientos similares, algo indeseable ya que supondría haber reconocido una incapacidad a alguien, que realmente no tiene esa situación. Se dedica un apartado específico al tratamiento de la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad y el empleo. Vid. *infra* apartado 3.5.

compatible con su capacidad, asignándole el sueldo del nuevo puesto¹⁵⁸. No dándose tales circunstancias, la discapacidad sobrevenida del trabajador también podría fundamentar la extinción del contrato de trabajo basada en causas objetivas por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52 a) ET). Lo que dicho precepto contempla es una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc...¹⁵⁹. El fundamento de la extinción de la relación laboral en los supuestos de invalidez permanente total o absoluta lo encontramos en el art. 1.124 CC. El contrato de trabajo exige para su vigencia que el trabajador pueda prestar su actividad laboral y, en el caso de imposibilidad de prestarla por alguna causa, la otra parte se encontraría facultada para resolver la relación jurídica.

El problema que se plantea es que nos podríamos encontrar ante una discordancia entre una resolución administrativa, según la cual el trabajador no esté impedido para el desempeño de su profesión y la calificación de no apto por parte de la empresa, que le permita despedir a ese trabajador por causas objetivas como consecuencia de una ineptitud sobrevenida¹⁶⁰.

¹⁵⁸ TSJ Andalucía 20-11-89 (As. 190) señala que se trata de un derecho preferente de readmisión en caso de existir un puesto de trabajo apropiado.

¹⁵⁹ Constituye un concepto diferente al de Invalidez permanente que permitiría la extinción del vínculo laboral ex art. 49 e)ET de forma que puede declararse procedente la resolución del contrato por esta causa aún cuando el trabajador no alcance ninguno de los grados de invalidez permanente prevenidos en el art. 137 LGSS. “En todo caso, y para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo así prevenido, se exigirá, que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo. Causa de ineptitud que, debe manifestarse como verdadera y no disimulada, general, de cierto grado, referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el medio de trabajo, permanente y no meramente circunstancial, y que afecte a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos”. Fundamento de Derecho Tercero STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª nº 1342/2014 de 13 de junio.

¹⁶⁰ Traemos como ejemplo la STSJ de Murcia, Sala de lo Social 1ª, núm. 75/2012 de 6 de febrero. Aborda la procedencia del despido por causas objetivas (ineptitud sobrevenida) de un trabajador al cual el INSS había denegado el reconocimiento de una IP Total. Esta sentencia se pronuncia sobre la vinculación o no del grado de incapacidad reconocida por el INSS y la calificación de aptitud del Servicio de Prevención Ajeno contratado por la empresa. Al trabajador le fue reconocida una IPP, frente a lo cual recurrió siéndole denegada la IPT. Posteriormente el Servicio de Prevención Ajeno emite calificación de No apto para el puesto de trabajo, ante lo cual la empresa procede al despido del trabajador por ineptitud sobrevenida. Para el Tribunal, no existe equivalencia necesaria, por cuanto los pronunciamientos tienen distinto ámbito de aplicación, ya que la resolución del INSS se refiere a la categoría profesional (en este caso oficial primera), mientras que el dictamen del Servicio de Prevención se circunscribe al puesto de trabajo desempeñado (montador de andamios).

La regulación vigente protege al trabajador que pasa a una situación de incapacidad permanente total o absoluta, por tanto, de discapacidad sobrevenida, sólo en el caso de que se produzca una mejoría y recupere su capacidad para desempeñar un puesto de trabajo similar al que ocupaba con anterioridad a la situación invalidante, pero no ampara la situación del trabajador que puede desarrollar un trabajo distinto en la misma empresa, con o sin las adaptaciones precisas. Es precisamente ésta, una de las principales carencias de nuestro sistema.

Por otra parte, nos podemos preguntar hasta qué punto existe obligación del empresario de recolocar a un trabajador. Pues bien, esta obligación puede encontrar su fundamento en convenios colectivos, en el principio de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos del art. 25 LPRL, o podría ser considerada como una modalidad de ajuste razonable, lo que tendría indudables consecuencias en el régimen extintivo por causa de incapacidad permanente o por ineptitud¹⁶¹. Es precisamente en la incorporación de ajustes razonables donde se halla la solución al problema de la falta de empleo de las personas con discapacidad sobrevenida, y debido a su trascendencia, se dedica un apartado específico¹⁶².

Debe apreciarse que no existe un derecho ilimitado del empleado de rotar por cualquier puesto de la empresa, sino que la variación de sus funciones deberá producirse en el marco de la profesión para la que fue contratado. Tan solo la legislación prevé el deber empresarial de cambiar de puesto en el supuesto riesgo durante el embarazo, si bien se limitará al tiempo restante hasta la maternidad y quedará condicionado a que existan puestos de trabajo en la empresa que no supongan un riesgo para la mujer o el feto.

También podríamos plantearnos si la extinción del contrato de trabajo en base a ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador puede constituir una causa de discriminación incardinable en el art. 14 CE¹⁶³. El art. 52 d) ET prevé

¹⁶¹ CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 253.

¹⁶² Vid. infra apartado 13.

¹⁶³ DE LA VILLA GIL, L.E., "El modelo constitucional de protección social" en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, BOE, Madrid, 2003, pp. 70-71 explica que se trata de preceptos que no pertenecen al catálogo de derechos fundamentales especialmente protegidos por la CE y su función constitucional es muy limitada. Los despidos realizados por o durante IT han sido recurridos ante los tribunales por vulneración del principio de igualdad o por vulneración del principio de no discriminación. En el primer caso, por existir un trato peyorativo hacia el trabajador que se ve obligado a acogerse a la protección social por razones de salud y en el segundo, por el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de discapacidad, esto es, por una disminución de la capacidad física, psíquica o social del art. 4.2c) ET. Ver STS, Sala de lo Social de 29 de enero de 2004 y STS, Sala de lo Social de 12 de julio de 2004 donde se establece que son criterios de conveniencia o de rentabilidad de la empresa las causas que justifican tales decisiones

la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por 100 de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses si bien no se computarán como faltas de asistencia las enumeradas de modo expreso en el precepto¹⁶⁴.

En estos supuestos, resulta más que razonable cuestionarse si el despido del trabajador fundado en su enfermedad constituye una discriminación que ha de determinar la nulidad del despido. La jurisprudencia ha sido muy reacia a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes, cuando no quede acreditada la causa, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, como el sexo, la discapacidad, o con algún derecho fundamental¹⁶⁵. Sobre esta opción se pronunció el Tribunal Constitucional¹⁶⁶, que entiende adecuada la opción legislativa de

sin que necesariamente hayamos de situarnos en el plano constitucional para valorar la adecuación a derecho de tales decisiones. En esta misma línea se pronuncia VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, Madrid, Reus, 2009, pp. 86-90.

¹⁶⁴ En este mismo sentido se pronuncia la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª, nº 1342/204 de 13 de junio. Este tema se aborda en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de 12 de septiembre de 2013, que ha declarado nulo la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por ausencias al trabajo derivadas de la enfermedad crónica que la misma sufría, en base al carácter discriminatorio que suponía esa extinción contractual.

¹⁶⁵ MORENO GENÉ, J. "Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, parte presentación, Aranzadi, 2014, p. 5.

¹⁶⁶ STC 62/2008, de 26 de mayo. Esta Sentencia tenía el voto particular de uno de los ponentes que abogaba por declarar la nulidad del despido por considerar que el trabajador estaba afecto de una enfermedad crónica, que conforma una categoría intermedia entre la simple enfermedad y la discapacidad. En esta Sentencia el magistrado defiende que podría justificarse el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, pero lo resuelve interpretando el art. 52 d) a la luz de la Directiva 2000/78 y la STJUE, de 11 de abril 2013 e integra el concepto de discapacidad a las enfermedades de larga duración que generen limitación. Considera que esta doctrina del TJUE obliga a efectuar una interpretación del art. 52 d) ET que se adapte a este nuevo concepto ampliado de discapacidad y, por tanto, al mayor ámbito de protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78 y, muy especialmente a la prohibición de despedir por causa de discapacidad que se deriva del art. 2.2 b) de la misma, cuando dispone que *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas*. La sentencia considera que, a los efectos de la causa extintiva prevista en el art. 52 d) ET, no podrán ser computadas entre las ausencias justificadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de "discapacidad". A mayor abundamiento, la extinción del contrato en estos supuestos no se puede encontrar justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del *absentista profesional* y de los *trabajadores que no sean suficientemente productivos*, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, en ningún caso los medios adoptados para la consecución de las mismas serían adecuados o necesarios, en tanto que, dichas finalidades

considerar improcedente y no nula la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo si su dolencia no se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, aunque pueda tratarse de una enfermedad crónica.

2.3.1 Empleo selectivo

Hasta aquí hemos tratado las consecuencias contractuales del daño sobrevenido que tiene como resultado una incapacidad pero ¿qué ocurre si ese trabajador recupera su capacidad laboral? Pasamos a analizar las diferentes medidas de empleo previstas.

Empleo selectivo son aquellas medidas que tienen por objeto favorecer el retorno a la empresa de los trabajadores que han sido declarados en situación de incapacidad permanente y posteriormente recuperan total o parcialmente su capacidad laboral¹⁶⁷. En la actualidad vienen reguladas por el RD 1451/1983¹⁶⁸ donde aparecen medidas dirigidas a trabajadores con incapacidad permanente parcial o las relativas a trabajadores que hubieran cesado por haberse reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y, después de haber recibido

difícilmente podrían justificar una norma que habilita indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna. En base a lo anterior la sentencia declara la extinción del contrato de la trabajadora por sus ausencias motivadas por la enfermedad crónica que la misma padece, debe quedar fuera del ámbito de cobertura del art. 52 d)ET, no en vano, se fundamenta en las situaciones de incapacidad temporal generadas por una enfermedad asimilada a la discapacidad, lo cual, no únicamente supone una vulneración del art. 15 CE, sino que supone una clara discriminación a tenor de lo dispuesto por el art. 2 de la Directiva 2000/78, que cualifica como discriminación directa todo acto desfavorable por causa de discapacidad. Por todo ello, la extinción contractual llevada a cabo es declarada nula. La sentencia no fundamenta la nulidad del despido en el hecho de que la extinción del contrato se deba al estado de enfermedad del trabajador, sino en el hecho de que dicha enfermedad, al reunir determinadas características, haya podido ser asimilada a la discapacidad ser merecedora de la tutela antidiscriminatoria prevista para estos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁶⁷ El RD 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado de la Ley de Seguridad Social incluía dentro de las medidas de empleo selectivo la readmisión por las empresas de sus propios trabajadores remitiéndose a un desarrollo posterior. Esta regulación pasó posteriormente a los arts. 150-152 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo y a los arts. 157-159 de la LGSS, hasta su definitiva derogación por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. El art. 13 del RD 2531/1970 establecía la preferencia absoluta, para ser readmitidos en la última empresa en la que hubieran trabajado, a favor de los trabajadores que, tras haber cesado por una disminución de su capacidad, hubieran obtenido la plena recuperación funcional. GARRIDO PÉREZ, E., *Trabajadores minusválidos...*, op. cit. p. 42 recoge que esta era una medida específica de fomento de empleo al no estar vinculado al seguimiento de procesos de recuperación del sistema de Seguridad Social.

¹⁶⁸ Este Real Decreto se dictó para dar cumplimiento al mandato legislativo del art. 40 de la LISMI respecto al empleo selectivo. En el actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social no hace alusión al empleo selectivo, únicamente al empleo ordinario aunque sí especifica la obligación por los empresarios de adoptar medidas adecuadas de adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa.

prestaciones de recuperación profesional, hubieran recobrado su plena capacidad laboral¹⁶⁹.

Recordemos que la incapacidad permanente parcial no es causa de suspensión ni extinción del contrato de trabajo por lo que el empresario está obligado a reincorporar al trabajador (aun cuando el RD 1451/1983 no contuviera previsión alguna en este sentido). Se pueden dar diferentes situaciones dependiendo de si se encuentra afectado o no el rendimiento del trabajador.

Si la incapacidad permanente parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse el empresario deberá reincorporarlo en el mismo puesto o en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo.

Si la incapacidad parcial sí tiene incidencia en su rendimiento normal el empresario deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual (en el caso de acreditar su disminución en el rendimiento) y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior del 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa.

Si el trabajador es declarado en situación de incapacidad parcial, pero recupera su total capacidad para su profesión habitual, tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniese ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación¹⁷⁰. Se debe entender que si el trabajador hubiera permanecido en su puesto de trabajo

¹⁶⁹ También se incorporan las medidas de fomento del empleo de personas con discapacidad que estaban reguladas en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio elevando la cuantía de la subvención que se concedía por la contratación de trabajadores que no tenían disminuida su capacidad funcional, y la posibilidad, sin límite de edad, de poder concertar contratos de formación con personas con discapacidad con el fin de conseguir una mejor adaptación o readaptación en el puesto que con carácter estable fueran a ocupar. Todas las referencias a las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, por la contratación de trabajadores con discapacidad, o su incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado que incluía el RD han quedado derogadas. Sí se mantienen en vigor el resto de ayudas o subvenciones, conforme establecen el número 2 de la disposición derogatoria única y la disposición final cuarta del R.D.-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-06). Se reitera por la letra a) número 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30-12).

¹⁷⁰ Art. 1. 2 RD 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo o las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos, BOE núm. 133, de 4 junio 1983.

originario pero con una reducción salarial debería pasar a percibir el salario correspondiente en su integridad¹⁷¹.

Sin embargo, los trabajadores que cesan en la empresa por extinción contractual por una incapacidad permanente total o absoluta, que tras recibir las prestaciones de recuperación profesional, recobran su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral. Si continúan afectos de una incapacidad parcial, tendrán esa preferencia en la primera vacante adecuada a su capacidad residual, pudiendo tratarse de una categoría inferior¹⁷².

Recordemos que el art. 48.2 ET establece el supuesto de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años desde la fecha de la resolución por la que se declare al invalidez permanente cuando una situación de incapacidad temporal se extinga por una declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo.

El trabajador deberá formular la solicitud de readmisión en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente, comunicándolo a la empresa y a los representantes de los trabajadores. La empresa debe comunicar al trabajador las vacantes de igual e inferior categoría, quedando liberada de su obligación si el trabajador rechaza un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba o de categoría inferior si no ha recuperado su plena capacidad para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia. Si la empresa tiene varios centros de trabajo y la vacante que exista implica un cambio de residencia, el trabajador podrá ocuparla, manteniendo su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario, o esperar a que exista plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida la residencia¹⁷³.

¹⁷¹ GOERLICH PESET, J. M^a, “La invalidez permanente del trabajador como causa de la extinción del contrato de trabajo”, *Tribuna Social*, nº61, 1996. P.61.

¹⁷² GARRIDO PÉREZ, E. “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº51, 1999, p. 45.

¹⁷³ La jurisprudencia se muestra a favor de la figura de excedencia voluntaria STS 4 de abril 2006 Recud. 3360/2005).

Algunos autores han manifestado la escasa eficacia de estas medidas debido a la falta de seguimiento permanente o circunstancial de las mismas, por lo que se carece de información segura¹⁷⁴.

Aun cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el RD 1451/1983 relativos a la recuperación total o parcial de la capacidad laboral, existen otras posibilidades para que los trabajadores con discapacidad sobrevenida tengan derecho a ser recolocados en otro puesto compatible con su capacidad dentro de la misma empresa en la que prestan servicios. Estas medidas se encuentran previstas en los convenios colectivos, en el principio de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos del art. 25 LPRL o pueden considerarse una modalidad de ajuste razonable. Y ello tiene indudables consecuencias en el régimen extintivo por causa de incapacidad permanente o por ineptitud¹⁷⁵.

2.3.2 Recolocación prevista en convenio colectivo

Existen cláusulas convencionales que prevén la obligación de recolocación o acoplamiento de los trabajadores, en determinadas circunstancias. En muchas ocasiones se trata de cláusulas redactadas de forma genérica lo que plantea problemas interpretativos respecto a los posibles beneficiarios de tales estipulaciones¹⁷⁶.

La mayor parte de los convenios hablan de trabajadores con capacidad disminuida pero existe diferencia respecto a los trabajadores incluidos en dicha categoría¹⁷⁷. Algunos convenios hacen referencia genérica a trabajadores que hubieran sufrido una disminución de su capacidad laboral dejando de ser aptos para el puesto que

¹⁷⁴ CASADO PÉREZ, D., "Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2003, p. 59. En este artículo se valoran las políticas seguidas a raíz de la LISMI, las cuales adolecieron de carencia de información empírica que las orientase, pero no de principios referenciales. Se analizan después las políticas pactadas entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en 1997 y en 2002, fechas en las que ya se contaba con información estadística valiosa, que no se aprovechó adecuadamente. La Estrategia Global de Empleo para personas con Discapacidad 2008-2012, establecía la necesidad de realizar un estudio y adecuar las medidas de empleo selectivo al fomento de empleo de personas con discapacidad. En el plan de acción 2014-2016 de la Estrategia Española de Discapacidad no se hace ninguna mención específica al empleo selectivo.

¹⁷⁵ CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo...*, op. cit. p. 253.

¹⁷⁶ Así lo considera GOERLICH PESET, J. M^a, "La invalidez permanente del trabajador como causa de la extinción del contrato de trabajo", *Tribuna Social*, nº 61, 1996.

¹⁷⁷ CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico del empleo...*, op. cit. p. 253-260 realiza un minucioso estudio en el que analiza las cláusulas de este tipo contenidas en convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, autonómico y provincial publicados durante los años 2007 a 2010 y parte de 2011.

ocupan, con independencia de la causa que lo hubiera originado. Otros convenios, sí especifican el origen de la disminución de la capacidad laboral¹⁷⁸ en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo, enfermedad común o accidente no laboral¹⁷⁹. También se encuentran otros que, aunque admitan distintas causas de disminución de la capacidad, otorgan preferencia para ser destinados a otro puesto de trabajo a aquéllos que hayan sido incapacitados para su profesión habitual por accidente de trabajo o enfermedad profesional o se prevén regímenes diferenciados en función de cuál sea el origen de la disminución de la capacidad. Otros convenios exigen que esa disminución de la capacidad esté reconocida legalmente mediante una situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, una declaración de situación de incapacidad permanente parcial, total, o las dos; e incluso otros, que condicionan el cambio del puesto a que el trabajador no haya podido obtener, por cualquier causa la incapacidad laboral¹⁸⁰.

La Jurisprudencia ha interpretado las cláusulas en el sentido de no imponer a la empresa la creación de un trabajo *ad hoc* para el trabajador si no existe ningún puesto adecuado a las limitaciones que presenta o si no existe vacante en el momento de la solicitud. Sólo estará obligada a crear un puesto de trabajo *ex novo* si el convenio así lo establece expresamente¹⁸¹.

Nuestros tribunales han declarado improcedente la extinción del contrato por ineptitud al no haber probado la ineptitud que se imputa al trabajador ni considerar agotadas las posibilidades de destinarle a un puesto adecuado, al no

¹⁷⁸ “En alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida de trabajo” como señala el art. 26 C. Col. estatal de Mantenimiento y Conservación de Instalaciones Acuáticas (BOE 2-7-2007); art 13.6 XV C. Col. de la Industria Química (BOE 29-08-2007), art. 45.2 C. Col. de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria (BOC 1-02-2010).

¹⁷⁹ Art. 26 C. Col. del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOA 23-07-2008).

¹⁸⁰ En algunos casos se trata de una facultad de la empresa que “podrá” destinar al trabajador a otro puesto de trabajo. En otras se utilizan términos imperativos como “asignarán”, “acoplarán”, “deberán acoplar” o “estará obligada”.

¹⁸¹ STSJ Madrid de 5 de diciembre de 2006 (Rec. núm. 4992/2005). Otros autores consideran que esa facultad de la empresa para recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo pretenden autorizar a las empresas a movilizar a los trabajadores con capacidad disminuida cuando pudiera haber impedimentos legales para ello como preferencias de otros trabajadores. RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M., “Extinción por causas objetivas” en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo IX, Vol. 1º, Madrid, Edersa 1983, p. 251.

seguir el procedimiento previsto en el Convenio¹⁸² o por existir vacantes en las que reubicarla¹⁸³.

2.3.3 Reincorporación prevista en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, contempla en su art. 15 de los principios de la acción preventiva, la adaptación del trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

El art. 25 LPRL obliga al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Serán determinantes sus características personales, su estado biológico, o su situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Elemento común a todas estas circunstancias es que sean conocidas por el empresario lo que, en ocasiones, será asequible para el empresario por tratarse de condiciones subjetivas o personales notorias o previamente conocidas o reconocidas, pero en otras exigirá la realización de reconocimientos médicos que pongan de manifiesto esas características o la declaración del propio trabajador debidamente acreditada. Conocidas esas condiciones, habrán de reflejarse en la oportuna evaluación de riesgos, exigiendo la adopción de medidas específicas que sirvan para superar esas condiciones y eliminar o reducir el riesgo en todo lo posible. En el fondo, la norma no hace sino traducir la exigencia general de adaptación del puesto a la persona de los arts. 15.1 d) LPRL y 36.5 ET¹⁸⁴.

El precepto establece la prohibición de emplear a los trabajadores con discapacidad en aquellos puestos de trabajo en los que ellos mismos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa puedan ponerse en

¹⁸² STSJ de la Comunidad Valenciana de 4-07-2007 (Rec. núm. 1276/2006).

¹⁸³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 11-04-2006 (Rec. núm. 117/2006) considera improcedente la extinción del contrato por ineptitud de una trabajadora con un grado de discapacidad del 58 por cien por existir vacantes en las que reubicarla en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio.

¹⁸⁴ "Sólo así opera la obligación empresarial de protección específica, quedando excluidas otras formas de indagación por éste en ausencia de las señaladas, que, además de no exigibles, podrían incluso afectar a los derechos fundamentales del trabajador". Así lo reconocen TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo*, Madrid, Colex, 2002, p.264.

situación de peligro¹⁸⁵. En los supuestos de discapacidad sobrevenida implica la obligación de asignar al trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo. Este derecho al cambio de puesto de trabajo, ha sido interpretado como un derecho irrenunciable del trabajador y un correlativo deber del empresario que no puede ser minorado por la negociación colectiva¹⁸⁶. Como el derecho del trabajador al cambio de puesto de trabajo se deberá estar, en cuanto al procedimiento a seguir al convenio colectivo¹⁸⁷ o considerar que procede la movilidad funcional¹⁸⁸.

Desde las instituciones europeas se defiende el mantenimiento del empleo por los trabajadores que adquieran una discapacidad en el curso de su vida laboral. Se considera que los empresarios deberían apoyar a sus trabajadores a través de medidas como un periodo de baja combinado con formación, cambio en la descripción del puesto de trabajo o asignaciones alternativas antes de declarar a la persona inválida¹⁸⁹. En esta línea se encuentran las propuestas que ya mencionamos anteriormente.

2.3.4 Reubicación como ajuste razonable

La configuración de la recolocación como un ajuste razonable supondría un importante freno a las posibilidades extintivas que ofrece el ordenamiento jurídico por la vía del art. 49.1.e) ET en caso de declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o por vía del art. 54. a) ET fundado en causas objetivas por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. También supondría una garantía reforzada del mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad sobrevenida¹⁹⁰. Este tema será abordado en el apartado 13 sobre los ajustes razonables como garantía de empleo en personas con discapacidad sobrevenida.

¹⁸⁵ STSJ de Castilla la Mancha de 21 de marzo de 2002 (Rec. núm. 240/2001) considera que el art. 25 se aplica tanto en el supuesto de especial sensibilidad conocida en el momento de la contratación como en el supuesto de especial sensibilidad conocida con posterioridad.

¹⁸⁶ STSJ de Galicia de 15 de abril de 2004 (Rec. nº 4743/2003)

¹⁸⁷ STJ de Castilla La Mancha de 21 de mayo de 2002 (Rec. núm. 240/2001)

¹⁸⁸ STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006 (Rec. núm. 595/2006), STSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 2390/2001), STSJ de Canarias con sede en Las Palmas de 31 de mayo de 2001 (Rec. núm. 1099/1999).

¹⁸⁹ European Commission, Disability mainstreaming in the European Employment Strategy, Brussels, European Commission (Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG), 2005, disponible en línea http://www.socialdialogue.net/docs/si_key/Disability_Mainstreaming_Employment_emco010705_en-pdf.

¹⁹⁰ CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico de empleo de las personas...*, op. cit. p. 262.

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) propone suprimir la causa de extinción contractual automática por incapacidad total, absoluta o gran invalidez imponiendo a la empresa la obligación de dar ocupación efectiva al trabajador en otro puesto compatible con su estado¹⁹¹ siempre y cuando existiera una vacante adecuada, tras efectuar los ajustes necesarios. En caso de no existir tal puesto, proponen conceder un plazo de cuatro años durante los cuales el trabajador tendría preferencia absoluta para reincorporarse en la primera vacante que cumpliera con las condiciones requeridas. Transcurrido dicho periodo, sí se autorizaría a la empresa a extinguir el contrato de trabajo pero debiendo abonar al trabajador la indemnización establecida para las extinciones por causas objetivas. Respecto a la suspensión del contrato cuando a juicio del órgano clasificador la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de mejoría, se propone ampliar hasta cuatro años el periodo de reserva de puesto de trabajo. También proponen exigir al empresario, previamente a invocar la causa extintiva del contrato por ineptitud, se realicen las adaptaciones precisas en el puesto de trabajo para que pueda ser desempeñado por el trabajador, o en caso de imposibilidad, asignarle otro puesto compatible con su capacidad, efectuando los ajustes y adaptaciones necesarios¹⁹².

Salvo la propuesta de extinción debiendo abonar al trabajador la indemnización para las extinciones por causas objetivas que, consideramos, supondría una carga excesiva para el empresario, se trata de medidas adecuadas y de llevarse a cabo supondrían a largo plazo una inversión que disminuiría el coste social que conlleva la inactividad laboral.¹⁹³

3 Protección de la incapacidad laboral

3.1 La protección de la incapacidad laboral dentro del sistema de Seguridad Social

El daño sobrevenido que sufre un trabajador y afecta a su salud no sólo tiene consecuencias contractuales, sino también en su capacidad de ganancia. Para

¹⁹¹ CERMI, *Discapacidad sobrevenida e inclusión laboral: documento de posición y de propuestas del CERMI estatal*, marzo, 2012.

¹⁹² El TSJ de Comunidad Valenciana de 4 de julio 2007 (Rec. núm. 1276/2006) declara improcedente la extinción del contrato por ineptitud porque no se consideraron agotadas todas las posibilidades para destinarle a otro puesto de trabajo, y en la misma línea STSJ Comunidad Valenciana de 11 abril de 2006 (Rec. núm. 117/2006) en este caso por existir vacantes en las que reubicarla atendiendo a su Convenio.

¹⁹³ Vid. *infra* apartado 13.

contrarrestar esa pérdida existen prestaciones sociales que en algunos casos constituyen el único medio de subsistencia.

Por ejemplo, la situación de incapacidad temporal se configura como una situación suspensiva del contrato de trabajo con la consiguiente exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Por tanto esta situación le ocasiona al trabajador, al mismo tiempo, un aumento de gastos y una disminución de ingresos, que se intentan paliar con la protección que otorga el sistema de Seguridad Social: el aumento de gastos a través de la prestación de asistencia sanitaria y de las prestaciones farmacéuticas, y el déficit de ingresos mediante la prestación de incapacidad temporal, que pretende sustituir la pérdida de salario que la incapacidad ocasiona. Por ello la prestación de incapacidad tiene un contenido económico¹⁹⁴.

La determinación de las causas que dan lugar a ese reconocimiento de incapacidad laboral tiene una trascendente repercusión económica, ya que en función de la contingencia, profesional o común, se determinará la base reguladora¹⁹⁵.

Nos parece criticable esa diferenciación ya que la situación de necesidad que se genera para el trabajador es la misma, independientemente de la causa. Esto explica la gran cantidad de litigios que llegan a los tribunales relacionados con el tipo de contingencia causante de la incapacidad o las altas médicas.

Nuestro sistema protector se caracteriza porque ni ha alcanzado un estadio de absoluta socialización de los riesgos profesionales, que debiera implicar que la Seguridad Social absorbiera por completo la responsabilidad empresarial, ni se ha mantenido una plena independencia entre reparación del trabajador y responsabilidad del empresario que hubiera mantenido a ésta ajena a la Seguridad Social. El tratamiento de las contingencias profesionales responde, en lo esencial, a un aseguramiento de la responsabilidad empresarial. La dualidad protectora en razón del origen común o profesional del riesgo protegido, es determinante de la escasa colaboración que el sistema de Seguridad Social presta al objetivo de la prevención. En el estricto plano protector de los beneficiarios, genera agravios difícilmente explicables. Si la Seguridad Social sirve a la reparación de estados de necesidad, debiera ser indiferente, a efectos de protección, la causa que origina aquellos, dando contenido al reiterado principio de la acción protectora de la

¹⁹⁴FERNÁNDEZ PRATS, C. "Prestación económica por incapacidad temporal" en ROQUETA BUJ, R y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid. La Ley, 2014, p. 121.

¹⁹⁵ GARCÍA NINET, J. L. "La incapacidad temporal... op. cit. p. 49 y BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales...*, op. cit. p. 40, critican esta diferenciación.

Seguridad Social sobre consideración conjunta de las contingencias que, sin embargo es abiertamente ignorado en la configuración vigente¹⁹⁶.

En el caso de la incapacidad permanente, las prestaciones varían en función del grado declarado. La incapacidad permanente parcial da derecho a una cantidad a tanto alzado, y la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, a una pensión vitalicia. La difícil situación económica que atraviesa nuestro país afecta al reconocimiento de este tipo de incapacidades que generalmente es menor al que realmente corresponde.

Teniendo en cuenta la trascendencia para el trabajador que tiene el reconocimiento de una prestación económica, consideramos adecuado dedicar los siguientes apartados a los diferentes tipos de contingencia que explican la mayor o menor cobertura económica otorgada. También describiremos el diferente tratamiento que se da, injusto desde nuestro criterio, al trabajador autónomo.

3.1.1 Contingencias profesionales

Las prestaciones derivadas de riesgos profesionales son objeto de una mayor intensidad de cobertura, tanto en el aspecto de los requisitos necesarios para acceder a ellas (al no exigirse períodos previos de carencia), como de garantía y efectividad para el beneficiario al aplicarse el principio de alta de pleno derecho o de automaticidad de las prestaciones en los supuestos de incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones de alta y cotización, beneficios que también se establecen en el importe de las prestaciones al determinarse su cálculo en función de bases reguladoras determinadas conforme al salario real del trabajador¹⁹⁷.

Dentro de las contingencias profesionales diferenciamos el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

3.1.1.1 Accidente de trabajo

Se considera accidente de trabajo lo establecido en el art. 115.1 LGSS como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena. Los elementos que concurren en la definición legal de accidente de trabajo son:

¹⁹⁶ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Albacete, Bomarzo, 2012, p. 67.

¹⁹⁷ BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013, p. 29.

- La existencia de una lesión corporal sufrida por el accidente, que es un daño físico o psíquico, sufrido por el cuerpo del accidentado.
- La condición de trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado¹⁹⁸. La lesión debe acontecer en un trabajador en el que se den las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del ET.
- La relación de causalidad entre el trabajo y la lesión¹⁹⁹. La expresión “con ocasión”, hace referencia al accidente de trabajo impropio, es decir cuando no hay como causa directa e inmediata el trabajo por cuenta ajena, pero éste se ha producido por la existencia de actos íntimamente ligados con la relación laboral y sin los cuales no hubiese existido la actualización del riesgo profesional. Por ejemplo, los accidentes *in itinere*²⁰⁰. Por lo tanto, se elimina la hipótesis de una causalidad rígida, flexibilizando la relación hasta el punto de admitir tanto las relaciones directas como indirectas²⁰¹.

Se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo (art. 115.3 LGSS). Se trata de una presunción *iuris tantum*, por tanto si no se acredita la conexión con el trabajo no resulta operativa²⁰². No obstante, la presunción posibilita la expansión del concepto de accidente de trabajo, extendiéndose incluso a supuestos en los que el trabajador sufre en un puesto de trabajo un proceso patológico determinado o a situaciones en las que la enfermedad que padecía con anterioridad se manifiesta en el trabajo, circunstancia, la de padecerla anteriormente, que no desvirtúa por sí sola la eficacia de la presunción²⁰³.

¹⁹⁸ Se entiende que son trabajadores incluidos, no sólo aquellos que lo sean por tener una relación laboral de las reguladas en los artículos 1 y 2 del ET, sino también aquellos trabajadores por cuenta ajena delimitados por el ámbito subjetivo del Régimen General de la Seguridad Social por lo que es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena con ciertas salvedades.

¹⁹⁹ No se exige, por tanto, que el trabajador sea la causa determinante directa de la lesión, sino que basta, simplemente, con que el desarrollo de una actividad profesional determine, bajo la forma de una vulnerabilidad específica, la exposición del sujeto protegido a una serie de riesgos inherentes al trabajo o conectados con él. En todo caso, siempre se exige la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo, lo que excluye la ocasionalidad pura, es decir, fuera del radio de influencia racional de trabajo. STSJ de Madrid, Sala de lo Social de 11 de octubre de 2004.

²⁰⁰ BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad permanente.....* op. cit. p. 31.

²⁰¹ STS Sala de lo Social Rec. nº 4145/2004 citando a Desdentado Bonete-Nogueira Gustavino.

²⁰² STS de 30 de junio de 2004 (Recud. 4211/2003) y 14 de marzo de 2012 (Recud. 494/2011).

²⁰³ Ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo (STS de 22 diciembre de 2010 (Recud. 719/2010) y 14 de marzo 2012 (Recud. 494/2011) sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral (STS de 16 de diciembre de 2005, Recud. 3344/2004).

Expresamente, el legislador señala que tienen la condición de accidentes de trabajo art. 115.2 TRLGSS²⁰⁴:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. Respecto a la calificación de un accidente como “accidente *in itinere*” es necesaria la confluencia de los elementos “lugar de trabajo”, “domicilio del trabajador” y que exista conexión entre ambos. Este concepto ha dado lugar a una amplia casuística jurisprudencial²⁰⁵ en el que se debe tener en cuenta lo siguiente:

- El domicilio del trabajador ha de ser el habitual, aunque éste se ha interpretado *in extenso*, incluyendo no sólo el legal sino también el real o incluso el familiar o el de vacaciones, puesto que lo trascendente es que el desplazamiento sea por motivos de trabajo, siendo el punto de destino o de partida el lugar de trabajo²⁰⁶.
- El medio de transporte utilizado para desplazarse ha de ser normal o idóneo, entendido como aquél que no aumente innecesariamente el riesgo durante el desplazamiento.
- El trayecto seguido debe ser el adecuado, que no tiene por qué ser siempre el mismo ni tampoco el más corto, pudiendo elegirlo libremente el trabajador atendiendo a las circunstancias que se presenten en cada momento.
- El tiempo invertido en el desplazamiento debe ser el normal, sin interrupciones injustificadas que rompa el nexo de causalidad, lo que, a su vez, genera valoraciones contradictorias en relación con la duración y el motivo de la interrupción. Es preciso distinguir el accidente *in itinere* del accidente en misión, por cuanto este último se refiere al accidente ocurrido en viaje de servicio y acontecido en trayectos que el trabajador tiene que recorrer como consecuencia de su trabajo y dentro de su jornada laboral; en

²⁰⁴ Por último, el legislador añade al listado de accidentes de trabajo los que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los emigrantes durante el viaje de salida o regreso de los emigrantes en operaciones realizadas por la Dirección General de Trabajo y Migraciones (Disposición Adicional Primera 2 del TRLGSS).

²⁰⁵ Por todas STS de 26 de febrero de 2008 (Rec. núm. 1328/2007).

²⁰⁶ STS 14 de febrero 2011 Recud, 1420/2010.

consecuencia, cuando estamos ante un accidente en misión estamos ante un accidente laboral *stricto sensu*²⁰⁷.

- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos²⁰⁸.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las que su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de su empresa²⁰⁹.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan una conexión con el trabajo²¹⁰.
- e) Las enfermedades, no calificadas expresamente como enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo²¹¹.

²⁰⁷ SOBRINO GONZÁLEZ, G.M. El infarto de miocardio como accidente laboral *in itinere* y como accidente de trabajo “en misión”. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 30 de mayo de 2003, *Relaciones Laborales*, núm. 2, Año XX, Quincena del 23 de enero al 8 de febrero de 2004, tomo 1, 2004, p. 579.

²⁰⁸ Se trata de una doble extensión: de una parte, porque el desempeño de cargos electivos de carácter sindical se asimila a la prestación de trabajo por cuenta ajena, de otra, porque se extiende también el concepto de accidente *in itinere* a otros supuestos. El problema que se ha planteado es qué se entiende por “cargo electivo de carácter sindical”, siendo la respuesta jurisprudencial que cargos electivos son tanto los sindicales como, propiamente, los de representación legal o unitaria. STS 4 marzo 2003 (Rec. 1/2003).

²⁰⁹ En este supuesto, el accidente acaece cuando el trabajador se encuentra desarrollando su prestación laboral, si bien no la habitual. En virtud del poder empresarial de dirección, está realizando una actividad distinta a la correspondiente a su categoría o grupo profesional. Asimismo, también se extiende a los supuestos en los que se realizan tareas distintas por decisión espontánea del trabajador, en interés del funcionamiento de la empresa, por lo que, en la práctica, todos los supuestos de desarrollo de la actividad distinta de la propia en los que sobrevenga una lesión se configuran como accidente de trabajo. STS Justicia de Madrid, Sala de lo Social de 11 de octubre de 2004 Rec. núm. 2927/2004.

²¹⁰ El elemento relevante en este supuesto es la conexión del acto de salvamento con el trabajo, no que el accidente sobrevenga con ocasión de éste, al margen de que el trabajador actúe cumpliendo una orden del empresario o lo haga de modo espontáneo, STSJ Baleares, Sala de lo Social de 3 de enero de 2006.

²¹¹ Por ser el sistema español de enfermedades profesionales un sistema de lista cerrada, no tienen la consideración de enfermedades profesionales aquellas que no estén incluidas en la correspondiente lista, de manera que se deben calificar como accidente de trabajo las enfermedades que encuentre su origen exclusivo en el trabajo realizado. Estamos ante un supuesto calificado, como accidente impropio, STS de 22 de diciembre 2010 y 14 de marzo 2012.

- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de accidente²¹².
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación²¹³.

Por lo tanto puede afirmarse como pacífica la línea jurisprudencial de considerar accidente de trabajo en sus desplazamientos al puesto de trabajo, en el desempeño de su actividad profesional y el desempeño de cargos electivos de carácter sindical.

No obstante lo anterior, no tendrán consideración de accidente de trabajo:

- a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo. Se entiende por fuerza mayor a estos efectos, la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.
- b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado. En relación con el dolo, éste rompe su relación de causalidad. La jurisprudencia²¹⁴ conecta este elemento de exclusión con el acontecimiento del suicidio del trabajador en su puesto de trabajo, determinando que no se considera esa circunstancia accidente de trabajo si se prueba la voluntad de quitarse la vida por parte del suicida; de lo contrario, el accidente se presume laboral²¹⁵. También la imprudencia temeraria debe quedar acreditada para

²¹² El proceso deberá desencadenarse por un esfuerzo físico o emocional como factor patológico. STS 7 de marzo de 1989 (RJ 1989 \1805) y 10 de junio 2003(Recud. 1334/2002).

²¹³ Son las denominadas enfermedades intercurrentes. No son consecuencia directa del accidente sino ampliaciones del proceso patológico desencadenado por el accidente, o bien, en otro caso, enfermedades adquiridas en el medio en que se sitúa el trabajador para su curación, sin tener relación con el accidente. En todo caso, se deben probar las complicaciones patológicas y las afecciones adquiridas por el nuevo medio.

²¹⁴ STSJ de Castilla y León de 10 de junio 2003 (Rec. núm. 355/2003) y STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 19 de julio de 2012 (Rec. núm.471/2012).

²¹⁵ STS de 18 de septiembre 2007 (Recud. 3750/2006) hace referencia a la conducta temeraria e imprudente de un trabajador en la conducción, que provoca un accidente y 22 de enero de 2008 (Recud. 5452/2005) califica como accidente de trabajo el suicidio de un trabajador ,producido durante el tiempo y en el lugar de trabajo. En ella recoge que la jurisprudencia no establece a partir de los años setenta una exclusión automática del accidente de trabajo por suicidio del trabajador, y obliga a considerar la conexión existente en cada caso concreto entre la conducta de suicidio y las circunstancias del trabajo prestado.

romper la relación de causalidad, determinando la inexistencia de accidente de trabajo. Por el contrario, la imprudencia profesional, que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira, no impide la calificación de un accidente como de trabajo²¹⁶.

La prestación de la actividad laboral debe ser la que determine la finalidad principal y directa del desplazamiento. Es necesario que el accidente tenga lugar al ir o al volver del trabajo, que el punto de salida o retorno sea el domicilio y que no se rompa el nexo causal por seguir un trayecto diferente al habitual, o por desvíos o paradas que incrementen innecesariamente el riesgo.

La línea jurisprudencial sostenida por el TS²¹⁷ ha sido modificada realizando una interpretación extensiva del accidente *in itinere*, llegando a entender como tal el

²¹⁶ STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2001 (Rec. núm. 253/2000).

²¹⁷ Se encuentran muy bien recogidos en SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN ZAZZUCCONI, C., *Expansión del accidente "in itinere"*. Análisis GA&P, febrero 2014 disponible en línea <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/expansion-del-accidente-in-itinere.pdf>.

No hay accidente cuando el trabajador fallece por lesión cardiovascular que sobreviene mientras descansa en un hotel al regreso de su actividad (STS, Sala General, de 6 de marzo 2007 (RJ 2007, 1867) y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 5666)).

- Las enfermedades o dolencias (como el infarto de miocardio) acaecidas *in itinere* no deben calificarse como accidentes de trabajo, salvo que se acredite la concurrencia del preceptivo nexo causal, pues la presunción de laboralidad no les alcanza SSTS 4 julio 1995 (RJ 1995, 5906); 24 junio 2010 (RJ 2010, 6303); 18 enero 2011 (RJ 2011, 252)..
- El hecho de que el trabajador hubiera sufrido un primer infarto calificado como accidente de trabajo no enerva la anterior conclusión STS 3 diciembre 2004 (RJ 2005, 1494).
- No es accidente laboral el sobrevenido cuando el trabajador, terminada la jornada del viernes y como solía hacer todas las semanas, se dirige a casa de su abuela, domiciliada en localidad diversa a la de su residencia y sede de la empresa STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9484).
- No es accidente laboral sobrevenido cuando el trabajador, terminada la jornada, se dirige a casa de la mujer con la que vive, domiciliada en localidad diversa a la de su residencia y sede de la empresa STS 28 febrero 2001 (RJ 2001, 2826).
- No es accidente laboral la muerte por agresión de un tercero en el momento de iniciarse el camino hacia el centro de trabajo y por razones personales que no guardan ninguna relación con el trabajo STS 20 junio 2002 (RJ 2002, 7490).
- No es accidente laboral el accidente de tráfico sufrido por el trabajador cuando se dirigía a su puesto de trabajo después de visitar a sus padres, accidente que ocurre a gran distancia del centro de trabajo y en un trayecto que no es el habitual para incorporarse al mismo STS 19 enero 2005 (RJ 2005, 2534).
- No es accidente *in itinere* el acaecido yendo al trabajo desde la casa, domicilio de la novia, donde se había pernoctado excepcionalmente STS 20 septiembre 2005 (RJ 2005, 7331).
- No es accidente laboral el sufrido por el trabajador durante el desplazamiento para realizar una consulta médica, aunque medie autorización de la empresa y se produzca en tiempo de trabajo STS 10 diciembre 2009 (RJ 2010, 2108).
- Es accidente de trabajo el sufrido bajando las escaleras del propio domicilio para acudir al trabajo STS 26 febrero 2008 (RJ 2008, 3033).
- Es accidente de trabajo el ocurrido en la parcela del trabajador, después de salir de la vivienda que habita para dirigirse al centro de trabajo STS de 14 febrero 2011 (RJ 2011, 2736).

ocurrido entre dos domicilios cuando la finalidad del viaje esté determinada por el trabajo, siendo esta finalidad el nudo gordiano de la interpretación²¹⁸. Por tanto, el lugar de trabajo deja de ser un elemento imprescindible, ya que en este caso se trata de un accidente entre el domicilio de fin de semana y el domicilio de los días laborables.

Es adecuada la interpretación que viene realizándose por el legislador y la jurisprudencia ya que es lógico que el transporte del trabajador desde su domicilio al puesto de trabajo sea considerado como parte de esa actividad laboral y se vea cubierto por la acción protectora de la Seguridad Social.

Destacamos la interpretación extensiva del concepto “accidente de trabajo”²¹⁹ frente a la rígida interpretación en el caso de “accidente en misión” ya que es

²¹⁸ La STS de 26 diciembre 2013 (Rec. núm. 2315/2012) considera accidente *in itinere* el sufrido por el trabajador cuando se desplaza un domingo por la tarde desde el domicilio en el que descansa los fines de semana hasta el lugar en el que reside por razón de su trabajo, para acudir al día siguiente, el lunes por la mañana, a trabajar.

(
²¹⁹ En la STS de 27 de enero de 2014 (Recud. 3179/2012) se confirma la delimitación extensiva del concepto “accidente de trabajo”. Se trata de un trabajador, con contrato eventual para realizar servicios extraordinarios de limpieza, que sufre un accidente durante la hora de comida. El trabajador estaba autorizado para permanecer durante ese tiempo en la empresa y el día que sufre el accidente sus compañeros salieron a comer fuera. Cuando éstos regresan, se encuentran con el trabajador fuera de la oficina habilitada para el descanso, y más tarde se dan cuenta que había fallecido atrapado por una de las vagonetas utilizadas para trasladar el pienso de los animales. La sentencia de instancia rechazó la calificación laboral de accidente porque el accidente no tuvo lugar con ocasión del trabajo, no aconteció en el horario de trabajo previsto por el empresario y estima que hubo imprudencia temeraria por parte del trabajador. Esta Sentencia analiza los términos “lugar de trabajo” y “tiempo de trabajo” así como los relativos a “con ocasión” o “por consecuencia” como delimitadores de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, a los fines de aplicación de la presunción de laboralidad de los accidentes contenida en los mencionados artículos 115.1, 115.3 LGSS y en el artículo 115.2 c) LGSS. También plantea si, en el supuesto de entenderse que ha existido un accidente de trabajo, si procede o no la exclusión por dolo o imprudencia del trabajador accidentado (art. 115.4.b) LGSS). Esta sentencia aclara los siguientes aspectos:

- El accidente se produce después del descanso y antes que sus compañeros llegaran al centro de trabajo para incorporarse a la jornada de tarde;
- El accidentado finalizó el tiempo de descanso-comida antes que sus otros compañeros que realizaban tal descanso fuera del centro de trabajo;
- Que el trabajador estaba iniciando su actividad laboral, como acredita la vestimenta que portaba en dicho momento,
- Que no se acredita que existiera un lugar de acceso a la nave, en la que estaba pendiente de continuar su labor de limpieza antes del referido descanso, sin que tuviera que mover las furgonetas que sus compañeros habían dejado al marcharse,
- La falta de sorpresa de los compañeros evidencia que no resultaba extraño al modo de trabajo habitual que el accidentado pudiera estar trabajando en dichos momentos,
- No se deduce de los hechos probados que los deudores de seguridad demandados hubieran adoptado las medidas necesarias para evitar o prevenir el riesgo.

El Tribunal concluye que no se ha destruido la presunción de laboralidad que prevé el artículo 115 LGSS, debiendo calificar el accidente como accidente de trabajo, sin que exista base fáctica suficiente para entender que hubiera existido imprudencia temeraria por parte del trabajador fallecido.

necesario acreditar la conexión entre el trabajo y accidente en misión para que pueda calificarse como accidente de trabajo.

La mayoría de nuestros Tribunales había interpretado el accidente “en misión” como un modo de accidente de trabajo partiendo del hecho de que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, y se ampliaba esa presunción a todo el tiempo en que el trabajador permaneciera desplazado²²⁰. Sin embargo esta jurisprudencia no es pacífica²²¹ pues no es de aplicación automática la consideración de accidente laboral en misión ya que debe tener inexorablemente una conexión necesaria con la actividad laboral²²².

Al no ser motivo central de nuestro trabajo nos remitimos a la abundante bibliografía sobre el tema²²³.

Finalmente indicar que la calificación de la imprudencia del trabajador no sólo tiene incidencia en la naturaleza del accidente, sino también en el plano preventivo, dando lugar, en su caso, a la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de su deber de proporcionar una protección eficaz frente a los

²²⁰ Esto se había interpretado así en supuestos como por ejemplo, un trabajador que sufría una insuficiencia cardíaca durante un vuelo en avión, un transportista mientras dormía en un periodo de descanso en su ruta o tomaba un café en un área de descanso, o un conductor de un autobús de ruta turística, que sufre un infarto de miocardio en el extranjero mientras se encontraba en el hotel donde trabajaba.

²²¹ La STS de 11 de febrero de 2014 (Recud. 42/2013), en la misma línea de la de 8 de octubre de 2009 (Recud. 187/2008), defiende que no todo lo que sucede en misión tiene una conexión necesaria con el trabajo.

²²² En la STS 11 de febrero de 2014 (Recud. 42/2013) el Tribunal se manifiesta en contra del criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en tiempo y lugar de trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o durante la realización de actividades de carácter privado. Analiza la calificación o no como accidente en misión de un trabajador que sufre un ictus isquémico en la habitación del hotel cuando se encontraba descansando, en Tel Aviv, donde había sido desplazado una semana para un trabajo encomendado por la empresa, y desestima su carácter laboral. Se pronuncia en el mismo criterio que la STS 8 octubre de 2009.

²²³ Entre otros: MORENO ÁLVAREZ “Accidente de trabajo en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº. 8, 2012; FERNÁNDEZ COLLADOS, M B., “La presunción de laboralidad del apartado 3 art. 115 LGSS y el accidente en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 19, 2004; PALOMINO SAURINA, P., Tratamiento por parte del TS de los accidentes ocurridos durante el tiempo dedicado a actividades privadas o personales en una misión. Comentario de la sentencia del TS de 24 de febrero de 2014, *Revista de Información Laboral*, nº 7; 2014.; SÁNCHEZ PÉREZ, J. “Ámbito del accidente de trabajo en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº. 9, 2014; ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Accidentes laborales de tráfico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

riesgos derivados del trabajo; responsabilidad sobre la que podría operar la compensación de culpas según las circunstancias de cada supuesto²²⁴.

3.1.1.1.1 Accidente de trabajo en el caso de trabajadores por cuenta propia

Este concepto difiere del anterior y, en este caso, accidente de trabajo es el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza el trabajador por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial²²⁵. Se trata de una definición más rígida, al desaparecer la referencia a todo tipo de lesión y al exigir que la dolencia tenga causa directa en el trabajo (excluyendo la expresión “con ocasión”), que, además, requiere ser inmediata. La consecuencia de ello es que supuestos que la jurisprudencia está considerando como accidente de trabajo en el Régimen General, no son considerados así en el caso de un trabajador por cuenta propia²²⁶. Los trabajadores autónomos tienen la carga de probar que su dolencia o lesión trae causa directa e inmediata del trabajo²²⁷. Por otra parte, no se considera como laboral el denominado accidente *in-itinere*²²⁸ ya que el legislador ha entendido que para este colectivo, por sus especiales características, no merece la misma consideración que para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, mientras que el denominado accidente en misión sí estaría cubierto²²⁹.

Consideramos que existe una injusta diferencia entre los trabajadores que se encuentran en un régimen o en otro. Mientras que un trabajador en régimen general se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 115 apartado TRLGSS) en el régimen de los trabajadores por cuenta

²²⁴ Un amplio análisis sobre esta cuestión realiza SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º 84, p. 57-75.

²²⁵ El concepto viene establecido en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos.

²²⁶ Sala de lo Social TSJ de Andalucía, con sede en Granada, de 13 de octubre de 2011 (Rec. núm. 1980/2011).

²²⁷ El art. 3.2 b) del RD 1273/2003 señala que tendrán la consideración de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo por cuenta propia.

²²⁸ Por disposición expresa del art. 3.3 a) del RD 1273/2003 que señala: “se considerará accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma.”

²²⁹ Sala de lo Social del TS de 4 de octubre de 2011 (Rec. núm. 3629/2010).

propia, se establece que son accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia. En el Régimen General, la presunción opera pro-trabajador; en el régimen de los autónomos, es al revés: es al trabajador a quien le incumbe probar la conexión de las lesiones sufridas durante el tiempo y lugar de trabajo con el trabajo realizado por cuenta propia²³⁰.

Por último señalar que en el caso específico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, obligados a tener la cobertura de los accidentes de trabajo enfermedades profesionales de la Seguridad Social, tienen una noción de accidente de trabajo similar a la de los trabajadores por cuenta ajena, incluido el accidente *in- itinere* aunque tienen la obligación de demostrar que el accidente tiene tal consideración²³¹.

3.1.1.1.2 Valoración del accidente de trabajo

La protección de la integridad física del trabajador constituye un fin prioritario que ha dado lugar, desde la inicial regulación de las relaciones de trabajo a un amplio ordenamiento de normas dirigidas a la garantía de la seguridad incorporando, además, un cuerpo de funcionarios destinados a vigilar el cumplimiento de las mismas²³².

Cada vez existe una mayor demanda social a favor de una más cualificada y cuantificada restitución del daño y perjuicio recibido. Además los nuevos conceptos y criterios indemnizatorios por falta de homogeneidad de sentencias está fomentando la adopción de dos tipos de medidas: aumento de precios de seguros o disminución de prestaciones, y refuerzo de servicios médicos en el orden asistencial e investigador, lo que ha dado lugar a la creación de baremos, poco unificados. Este efecto se vio mitigado con la publicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, dado su carácter vinculante y las modificaciones introducidas por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

²³⁰ BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral...*, op. cit. p. 67. Este autor aborda en su capítulo VII diferentes supuestos como son la situación de accidente de trabajo sin alta del trabajador en el caso de que el trabajador sea español o sea extranjero, y en este último caso, con y sin autorización legal, pp. 71-78.

²³¹ Art. 26.3 Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto de trabajo autónomo (idéntica a la establecida en el art. 115.1 del TRLGSS).

²³² MERCADER UGUINA, J.R.: "Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo", *Seguridad Social y Derecho de daños, La Ley-Actualidad*, 2001. p. 47.

Tradicionalmente la medida venía determinada por el otorgamiento de una indemnización a la víctima del riesgo. La reparación se aleja de la prevención cuando la protección de daños se independiza de su producción, lo que ocurre en el sistema de aseguramiento público de los daños. En este supuesto, el coste de los accidentes no se traslada al causante del daño, dado que a las empresas con tasas elevadas de siniestralidad viene a costarles lo mismo asegurar los riesgos profesionales que a las que cuentan con tasas muy bajas como consecuencia de haber adoptado medidas eficaces de cara a la prevención de riesgos laborales.

Cuando una persona ha sufrido un accidente es importante valorar los daños. Los factores que determinan la complejidad de la valoración del daño corporal pueden ser de carácter médico, personal, legislativo, asegurador, judicial²³³.

Desde un punto de vista médico, los criterios de diagnóstico y tratamiento varían dependiendo de los profesionales, lugares geográficos, e incluso, entre hospitales. De esta manera nos encontramos ante tiempos de curación, incapacidad, o secuelas que varían notablemente ante lesiones iguales y circunstancias similares. Por otra parte existe gran variabilidad en el concepto de normalidad y funcionalidad de los distintos aparatos y sistemas²³⁴ así como falta de criterios estandarizados que permitan cuantificar lo más objetivamente posible el daño corporal especialmente en lo referente a lesiones estéticas, psíquicas y morales.

Cada individuo tiene una susceptibilidad al dolor y una capacidad de respuesta diferente a la agresividad biológica. Las circunstancias personales, familiares, sociales y laborales, también configuran un problema distinto a cada uno.

En cuanto a los factores legislativos no existen criterios comunes en los países de la Unión Europea. Hay disparidad de criterios en la aplicación de baremos supletorios. La OMS establece normas que no siempre se ajustan a las de aplicación en algunos países.

En cuanto a la cualificación-cuantificación del daño corporal, hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de los doce países de la CEE sólo cuatro tenían legislación

²³³ GARCÍA BLÁQUEZ PÉREZ, M., y GARCÍA -BLÁZQUEZ PÉREZ, C. M., *Nuevo Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal*, 18ª edición, Granada, Comares, 2011, pp. 37-53.

²³⁴ *Ibidem*, los autores realizan una comparación entre los sistemas para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, concretamente de de ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras), Bareme International des Invalidités posttraumatiques (de Loui Melennec) y Guía Práctica de Traumatología (de J. Barsotti y C. Dujardin) y estadísticas de Clínica Médica Forense donde aprecian la diferencia de criterios sobre los límites normales y su dificultad para valorar los menoscabos o deficiencias. Estiman que puede resolverse este problema tomando como valores los predominantes en mayor número de tablas, o recurriendo en otras ocasiones a la media entre varias.

específica: Alemania Federal, Dinamarca, España y Francia. Portugal contemplaba parte del problema en su código de carreteras, y en el resto de países no había nada específico en este sentido. Si acaso, a través de distintos artículos de los códigos civiles y penales que de manera muy genérica abordan el problema del daño corporal. Hasta 1995 solamente Bélgica, España, Grecia y Portugal aplicaban baremos oficiales de clasificación o cuantificación del daño corporal derivados de accidentes de circulación. En el resto de países se utilizaban baremos no oficiales, bien oficiales de otras naciones, particulares de casas de seguros, o elaborados por acreditadas clínicas dedicadas y especializadas en el estudio del daño corporal. Entre estos baremos y tablas no oficiales acreditados internacionalmente, está el baremo francés *Bareme Fonctionnel Indicatif des Incapacités en Droit Commun, Bareme International des Invalidités Postraumatiques*, de Louis Melennec. Alemania suplía la carencia de baremo oficial para accidentes de circulación, aplicando supletoriamente, cuando procediera, el baremo oficial para accidentes de trabajo.

En la mayor parte de los países se maneja el Manual de Clasificación Internacional de las deficiencias, discapacidades y minusvalías de la OMS de 1980 y sus posteriores revisiones, especialmente a secuelas de carácter incapacitante. Cada país tiene sus propios criterios. Parece que Alemania es uno de los países con mayor rigor en la exigencia de objetivar el daño para hacerlo indemnizable. En Francia, independientemente de la libertad de acción judicial, el concepto de incapacidad transitoria exige la demostración del salario dejado de percibir.

En España, hasta la publicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el juez tenía absoluta libertad para conceder cuantas indemnizaciones estimase oportunas, siendo valorable e indemnizable el tiempo de enfermedad, de incapacidad y las secuelas. Posteriormente, tras la STC 181/2000 de 29 de julio, el juzgador recupera su capacidad de interpretar e indemnizar el lucro cesante, sin estricta vinculación a la Ley 30/1995, actual RDL 8/2004.

Existe disparidad de criterios de tipo cuantitativo y cualitativo. Los distintos baremos utilizados en España en la valoración del daño corporal (recordemos que los accidentes de circulación quedan vinculados a la aplicación de la Ley 30/1995 con la modificación de la Tabla VI introducida por la ley 34/2003, también recogidas por el RDL 8/2004) relativo a lesiones dolosas, accidentes laborales son:

- Resolución de 1 de junio de 1989, de la Dirección General de Seguros, por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales a cargo del Seguro de Responsabilidad Civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria.
- Sistema para la valoración de daños corporales derivados de accidentes de circulación de ICEA de abril 1990.
- *Bareme International de Invalidités Post- Traumatiques*

- Guía práctica de Traumatología de J. Barssottiy C. Dujardin
- Orden de 5 de marzo de 1991, del Ministerio de Economía y Hacienda BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1991.
- Baremo de lesiones permanentes no invalidantes. Es el único de utilización obligatoria en el ámbito laboral con el objetivo de indemnizar las secuelas que sufre el trabajador a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que no le impiden continuar con su puesto, limitando el rendimiento laboral no más de un 33%. Se aplica en los casos de prestaciones por contingencias profesionales en trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social y en algunos regímenes especiales. Se excluye su aplicación a los trabajadores del régimen especial de autónomos y a los empleados del hogar. Dado que el baremo aplicaba cantidades económicas obsoletas se han actualizado dichas cantidades indemnizatorias en la Orden TAS 1040/2005, de 28 de abril. Se trata de una lista cerrada que sólo permite excepcionalmente un abanico indemnizatorio, pudiéndose aplicar dentro del mismo valoraciones por analogía.

3.1.1.2 Enfermedad profesional

El párrafo primero del art. 116 LGSS define la enfermedad profesional como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro indiquen para cada enfermedad profesional²³⁵.

La enfermedad profesional, al igual que el accidente de trabajo precisa de tres elementos: el trabajo por cuenta ajena, la lesión, -que precisa inclusión en la lista de la enfermedad así como de su causa- y la relación causal entre ambos. Sólo puede alcanzar la calificación de enfermedad profesional el trabajo que se realiza

²³⁵ Otras definiciones, suelen acoger dos criterios conceptuales, unas de carácter etiológico (la enfermedad profesional es la que simplemente deriva del trabajo y es consecuencia del mismo, llegando a producir la incapacidad laboral o incluso la muerte) y otras, de tipo enumerativo (frecuencia de ciertas enfermedades en determinadas profesiones pasando a enumerar las industrias y los elementos que provocan las enfermedades). El Derecho español ha recogido ambos criterios desde 1936. La Ley de Bases de 13 de julio de 1936, imponía su refundición con las normas sobre accidentes de trabajo, ya existentes, antes del 1 de enero de 1937. Posteriormente la Orden de 7 de marzo de 1941 desarrolla la ley anterior y asimila al régimen asegurativo de accidentes de trabajo la enfermedad de la "silicosis". El Decreto de 10 de enero de 1947 crea el seguro de enfermedades profesionales, desarrollado por el Reglamento de 19 de julio de 1949, donde se fueron añadiendo nuevos grupos de enfermedades hasta llegar al Decreto de 13 de abril de 1961 que aborda la protección de manera amplia de las enfermedades profesionales, relacionando un cuadro de ellas, estando reguladas en el Reglamento de 9 de mayo de 1942. Posteriormente esos cuadros han sido desarrollados por el Real Decreto 1995/1978 y el Real Decreto 1299/2006.

en las actividades listadas y para las enfermedades correspondientes. Su origen causal viene determinado por el trabajo. Esta definición queda complementada con la protección a los trabajadores por cuenta propia de acuerdo con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo.

El accidente de trabajo surge de la acción súbita de un agente externo, mientras que en la enfermedad profesional el elemento condicionante de la enfermedad actúa de forma lenta y progresiva²³⁶. De este modo, pese al tratamiento conjunto de las contingencias profesionales que deriva de la vigente LGSS, la enfermedad profesional se distingue, en relación al accidente, por la rigidez de su concepto que choca con el carácter abierto y flexible adoptado por el accidente de trabajo²³⁷. La enfermedad profesional se considera esencialmente un accidente de trabajo²³⁸.

Se consideran enfermedades profesionales²³⁹ las comprendidas en los siguientes apartados:

- a) Las producidas por agentes químicos, plomo mercurio, cadmio, manganeso, romo, níquel, berilio, talio, vanadio, fósforo, arsénico, cloro, bromo, yodo, flúor,

²³⁶ STS Sala 4ª 25 de enero de 2006 (Rec. 2840/2004) En el caso queda probado que los efectos incapacitantes de la “epicondilitis” son consecuencia de un esfuerzo muscular producido cuando el trabajador estaba trabajando. Lo relevante a los efectos de la norma, no es que el traumatismo ponga de manifiesto una clínica sino que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente. La existencia de una presunción del concepto de enfermedad profesional cede ante prueba en contrario y para ello es suficiente demostrar que los efectos incapacitantes tienen lugar a consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

²³⁷ MORENO CÁLIZ, S., *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Madrid, MTAS, 2002, p. 783.

²³⁸ La protección se inicia a partir de la STS 17 de junio de 1903(citada en STSJ Cantabria Sala Social sede Santander Rec. núm. 325/2005) en la cual se venía a considerar como accidente de trabajo no traumático, procediendo a extenderse así el concepto de “lesión”. Esa sentencia se distingue la enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de las fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, frente a aquella que sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas que se encuentra de lleno comprendida en la ley de accidentes.

²³⁹ Debe tenerse presente que el RD 1995/1978, de 12 de mayo, estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2007, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. La razón del cambio se halla en la Exposición de Motivos que siguiendo la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, adecúa la lista vigente a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización. Asimismo, también modifica el sistema de notificación y registro, con la finalidad de hacer aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la infradeclaración de tales enfermedades. También se afirma que se recomienda a los Estados miembros la introducción en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de la lista de enfermedades cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, que figura en el anexo I, y que, asimismo, procuren introducir en dichas disposiciones las enfermedades recogidas en el anexo II, que no figuran en la lista del anexo I pero cuyo origen y carácter profesional podrían establecerse en el futuro.

ácido nítrico, óxidos de azufre, amoníaco, anhídrido sulfuroso, ácido sulfúrico, sulfuro de carbono, óxido de carbono, oxiclورو de carbono, ácido cianhídrico, hidrocarburos y sus derivados halogenados, alcoholes, glicoles, éteres, cetonas, esterres orgánicos, ácidos orgánicos, aldehídos, nitroderivados, esterres del ácido nítrico, benceno y sus homólogos, naftaleno, hidrocarburos aromáticos, fenoles, aminas e hidracinas. Poliuretanos y nitroderivados de hidrocarburos, así como los compuestos homólogos de dichos elementos.

- b) Las enfermedades de la piel (cáncer), producidas por hollín, alquitrán, betún, brea, aceites minerales, parafina bruta y los compuestos, productos y residuos de estas sustancias y a otros factores carcinógenos, afecciones cutáneas provocadas en el medio profesional por sustancias no consideradas en otros apartados.
- c) Las provocadas por inhalación de sustancias y agentes que producen neumoconiosis como sílice, amianto, cáñamo, afecciones broncopulmonares producidas por aluminio, metales duros, escoria, y otros polvos, líquidos, gases o vapores.
- d) Las enfermedades infecciosas y parasitarias, como helmintiasis, anquilostomiasis duodenal, paludismo, amebiasis, tripanosomiasis y similares, sobre todo transmitidas por animales y cadáveres, y las transmitidas por enfermos.
- e) Las producidas por agentes físicos, radiaciones ionizantes, trabajos expuestos a rayos X, catarata por energía radiante, hipoacusia por ruido, aire comprimido, vibraciones mecánicas, *nistagmus* de los mineros.
- f) Enfermedades sistemáticas por gases, vapores, polvos y líquidos como carcinoma por asbesto, níquel, cloruro de vinilo, benceno, arsénico, radiaciones ionizantes y cromo.
- g) Se considera enfermedad profesional el “síndrome de Ardystil” o neumopatía intersticial difusa de la industria del sector de aerografía textil de la Comunidad Autónoma de Valencia.

Es importante señalar que una enfermedad no será profesional, y será común simplemente, si no existe una conexión causa-efecto por lo que debemos encontrarnos no sólo ante una enfermedad contraída por los agentes del listado sino que además debe ser contraída por razón del trabajo. Si bien es una lista cerrada, lo cierto es que existe un margen de interpretación para determinar las enfermedades y su relación entre trabajos y elementos que pueden causar la

enfermedad. Existen enfermedades que son profesionales pero todavía no figuran en esa relación²⁴⁰.

Consideramos que, al igual que todas las listas cerradas, no se adecúa a la evolución técnica y científica de cada momento, produce una limitación evidente en cuanto a la posibilidad de determinar una enfermedad como profesional. Sería deseable establecer como enfermedad profesional un listado abierto de causas donde se pudieran introducir enfermedades causadas dentro del ámbito profesional por agentes que, en caso de producirse, así se demostrara²⁴¹.

3.1.1.3 Empresas colaboradoras

Existe una necesidad de garantizar la protección integral frente a los riesgos de origen profesional que en nuestro país llevan a cabo las Mutuas. Estas entidades nacieron con una actuación centrada exclusivamente en el aseguramiento del accidente de trabajo, pero posteriormente han estado encargadas de la prevención, asistencia sanitaria, prestaciones económicas, rehabilitación y readaptación profesional²⁴².

Aunque el entramado básico de gestión administrativa del Sistema de Seguridad Social²⁴³, lo conforman entidades públicas ²⁴⁴ se han mantenido ciertos ámbitos de

²⁴⁰ GARCÍA PAREDES, M. L. "Enfermedad profesional: listado no cerrado" *Actualidad Laboral* nº 8. Quincena del 16 al 30 de abril 2007, Ref. 282, Tomo 1, La Ley, p. 977. No solamente el trabajo realizado para las actividades listadas es susceptible de provocar una enfermedad profesional: STSJ de Aragón de 11 de marzo 2008, Rec. núm. 179/2008. En otro sentido inacreditación de la relación de causalidad entre las dolencias padecidas por la trabajadora y el desempeño de su profesión habitual. STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007, Rec. núm. 1105/2007.

²⁴¹ Interesante investigación sobre este ámbito en CAVAS MARTÍNEZ, F (Dir.), *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, disponible en línea <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115799.pdf>.

²⁴² La prestación de incapacidad temporal es diferente dependiendo de si se trata de una contingencia profesional o común. En este último caso, la prestación de la asistencia sanitaria y la emisión de los partes de baja y alta, que condicionan el abono de su prestación económica, corresponden a los Servicios Públicos de Salud. Las Mutuas asumen la cobertura de la prestación económica y llevan a cabo un seguimiento de la situación de incapacidad temporal que dio origen a la propia prestación.

²⁴³ Se regulan fundamentalmente a través de los artículos 57 a 77 del TRLGSS cuyos principios rectores son la simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización.

²⁴⁴ Vienen descritas en el art. TRLGSS y son las siguientes: a) El INSS, para la administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se atribuyen al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE); b) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA); c) El Instituto de Mayores de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), para la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como de los servicios complementarios de las

colaboración privada como es el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y las empresas que colaboran voluntariamente²⁴⁵. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, son asociaciones de empresarios, de naturaleza privada, sin ánimo de lucro que colaboran con la Seguridad Social en la gestión de determinadas prestaciones y coberturas.²⁴⁶

Las Mutuas han asumido la gestión de las prestaciones económicas de la asistencia sanitaria derivada de las contingencias profesionales; realización de actividades de prevención de riesgos laborales de la Seguridad Social; gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes; gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural; gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos²⁴⁷.

prestaciones del sistema de la Seguridad Social (personas mayores, con discapacidad y población marginada); d) El SPEE que gestiona la prestación por desempleo (Sustituyó al Instituto Nacional de Empleo (INEM) en virtud de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre). Si bien no está expresamente reconocido en el art. 57 TRLGSS) también se encuentra el Instituto Social de la Marina (ISM) que gestiona las prestaciones otorgadas dentro del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar.

²⁴⁵ Fundamentalmente colectivos de religiosos de la Iglesia católica, alguna cooperativa de trabajo asociado, agrupada en una entidad de previsión social; y las Corporaciones locales, respecto a sus funcionarios, incorporados al Régimen General, ya que pueden optar porque las prestaciones de incapacidad temporal y asistencia sanitaria sean recibidas de la Seguridad Social o realizar la gestión por su cuenta.

²⁴⁶ ALONSO-OLEA GARCÍA, B. Y MEDINA GONZÁLEZ, S., *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, 3ª edición, Thomson Reuters, Civitas, 2014, p. 375 y ss. Algunas competencias de estas entidades han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, que han creado sus propios organismos de gestión. La Tesorería General de la Seguridad Social, actúa como servicio común a las diferentes entidades gestoras aplicando los principios de solidaridad financiera y caja única. Además, existen otras entidades de gestión de los regímenes especiales de los funcionarios. En este caso la protección obedece a dos sistemas de protección diferentes: las prestaciones de clases pasivas (las pensiones) gestionadas por el Ministerio de Hacienda o el Ministerio de Defensa, y la protección mutualista o complementaria (el resto de las prestaciones del sistema), que se gestionan por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), por la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS). Son Entidades Colaboradoras: a) Las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social en la cobertura de contingencias profesionales y además en la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes; b) Las Empresas, individualmente consideradas, en relación con su propio personal (autoaseguradoras); c) Las Asociaciones, Fundaciones y Entidades públicas y privadas, inscritas en un registro público especial.

²⁴⁷ CORRALES ROMEO, H. "Importancia de la prevención y de la rehabilitación: el papel de las Mutuas" en CABRA DE LUNA, M. A., y PANIZO ROBLES, J.A. *Protección social: Seguridad Social y discapacidad, Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*, Madrid, Colección CERMI, 2014, pp. 190, 191. Señala que la magnitud de esta prestación, asumida hace casi ya dos décadas, la ha convertido en la que mayor coste supone para las Mutuas, de forma que el volumen de ingresos gestionados por estas contingencias ya representa aproximadamente el 40 por 100 del total de los ingresos que gestionan estas entidades; y en términos de prestaciones económicas pagadas de incapacidad temporal, supone el 80 por 100 del total del gasto, siendo cuatro veces mayor que el de la incapacidad temporal de origen laboral. En este sentido, los servicios sanitarios de las Mutuas

La reciente Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de Mutuas pretende modernizar el funcionamiento y gestión de estas entidades privadas, reforzar los niveles de transparencia y eficiencia, y contribuir a la lucha contra el absentismo laboral y a la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. Regula la naturaleza y funcionamiento de las Mutuas, así como el contenido y forma de ejercicio de las funciones públicas delegadas en las mismas. Todas las prestaciones y servicios que las Mutuas dispensan son prestaciones y servicios de la Seguridad Social, sujetos al régimen jurídico de aplicación común.

La prestación de asistencia sanitaria deriva de la cobertura de las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), es por tanto, una prestación contributiva, así prevista en el texto refundido de Ley General de la Seguridad Social.

Las Mutuas realizan las actividades preventivas de Seguridad Social a favor de los empresarios asociados y de los trabajadores autónomos adheridos que protejan las contingencias profesionales, entre las que se incluyen las actividades de asesoramiento a las empresas asociadas al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores que hayan sufrido una incapacidad sobrevenida. Desde nuestro punto de vista su labor es insuficiente²⁴⁸.

La nueva regulación facilita a las Mutuas la facultad de realizar las actividades de control y seguimiento desde la baja médica. Incorpora la figura de propuesta de alta médica, y se establece un procedimiento de plazos breves. Las Mutuas Colaboradoras desarrollarán la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores al servicios de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos. Las Mutuas tienen la función de declarar el derecho a la prestación económica, denegar, suspender, anular o declarar su extinción. Estos actos serán motivados, se formalizarán por escrito y su eficacia se encontrará supeditada a la notificación del beneficiario. Si consideran que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo, podrán formular propuestas motivadas de alta médica a través de los médicos dependientes de las mismas, dirigidas a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud cuya propuesta será comunicada simultáneamente tanto al trabajador afectado como al INSS²⁴⁹.

contribuyen especialmente en el ámbito rehabilitador a la reducción de la duración de los procesos de incapacidad temporal que proceden de trastornos musculoesqueléticos y que su patología tiene una naturaleza común.

²⁴⁸ Ver *infra* apartado 14.4.

²⁴⁹ Disposición adicional undécima de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Para evitar duplicidades y mejorar la coordinación se incorporará la información clínica generada por las Mutuas a la historia clínica electrónica de los pacientes atendidos.

También preserva la colaboración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social con los organismos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la suscripción de convenios para gestionar y controlar la incapacidad temporal.

Desde nuestro punto de vista esta nueva Ley tiene aspectos positivos y negativos. Entre los primeros podemos mencionar la intención que se desprende del texto de adaptación de los puestos de trabajo para la recolocación de los trabajadores con daño sobrevenido, pero, nuevamente, parece que se va a llevar a cabo como simple asesoramiento a las empresas sin que se establezca un marco coercitivo en este sentido.

Dentro de sus aspectos negativos, podríamos destacar el poder de influir decisivamente en el tiempo de curación, cuando, en todo caso, se podría entender que la Mutua es juez y parte en dicha decisión, puesto que a la misma compete el pago y la duración del mismo, por lo que en buena lógica se producirá un acortamiento significativo de dicho plazo. Si bien esto puede producir, en algunos casos la adecuación de la duración de la baja a la patología del paciente y su restablecimiento, en otros muchos, se producirá una situación de alta por motivos económicos que no será un reflejo de la situación real de salud del trabajador.

Otro aspecto censurable de la nueva Ley es la posibilidad de integrar en la historia clínica de la Mutua (de la patología que da origen a la baja laboral) de la historia clínica del paciente que custodian los servicios públicos de salud, que le vienen atendiendo y no se establece suficientemente, si los documentos clínicos, incluso a los que ha tenido acceso a través de la sanidad privada, que integren la misma, también.

3.1.2 Contingencias comunes

El artículo 117 TRLGSS describe por exclusión estas contingencias e indica que es accidente no laboral aquel que no tenga carácter de accidente de trabajo según el art. 115 y enfermedad común como las alteraciones de la salud que no tenga la condición de accidente de trabajo conforme a lo dispuesto en el ordinal 2 del art. 115, apartados e), f) y g), ni tampoco la condición de enfermedad profesional conforme a lo dispuesto en el art. 116 del TRLGSS.

Hemos visto cómo el concepto de accidente de trabajo abarca las lesiones corporales sufridas de forma imprevista o súbita como consecuencia del trabajo y las enfermedades que se desencadenan de una forma más o menos lenta en las que

el trabajo aparece como elemento causal. En el caso del accidente no laboral (art. 117.1 LGSS) la noción legal es puramente negativa, aunque más estricta, porque las enfermedades quedan al margen, prevaleciendo en todo caso la nota definitoria de manifestarse de forma súbita o violenta y proceder de algún agente externo.

Al definirse el accidente no laboral, no se efectúa una exclusión del que es fruto de la acción voluntaria del propio accidentado, a diferencia de lo que sucede en el accidente de trabajo.

Es por tanto, un supuesto expresamente previsto por el legislador donde únicamente ha querido dar un tratamiento específico a una de las posibles causas (accidente de trabajo) pero no en otras (accidente no laboral, enfermedad común o profesional) no siendo la razón de esa regla específica dejar sin protección al trabajador sino no dársela con la especial intensidad y seguridad que tiene la que trae origen en el trabajo. Esto es, en el caso de accidente no laboral, no se tiene en cuenta la voluntariedad o riesgo corrido por el trabajador puesto que la finalidad es dar protección a personas que tienen una situación de infortunio cualquiera que sea la causa.

3.1.3 Alteración de la salud mental: ¿accidente o enfermedad?

Las enfermedades mentales tienen carácter multifactorial, lo que tendrá trascendencia a la hora de señalar si la protección de la prestación a otorgar, deriva de enfermedad común o de accidente de trabajo. Aquellas alteraciones de la salud que no tienen la condición de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional, constituirán enfermedad común. Debido a la dificultad de probar esta situación la mayor parte de los diagnósticos que proceden de la alteración de la salud mental son calificados de enfermedad común.

El apartado 1 del artículo 115 del TRLGSS identifica el concepto general de accidente de trabajo, y el apartado segundo enumera otros supuestos. Este artículo exige que la relación de causalidad sea exclusiva, esto es, que el daño a la salud lo haya sufrido única y exclusivamente por factores y elementos relacionados con el trabajo²⁵⁰. Podemos afirmar que el accidente de trabajo no es sólo toda lesión que un trabajador se produce trabajando, sino también toda aquella que sufre por trabajar²⁵¹.

²⁵⁰ Para ello es muy importante contar con un dictamen del médico que trata al trabajador, donde establezca la existencia o no de historia clínica previa a la actual, el diagnóstico de la enfermedad, el tratamiento pautado, los posibles desencadenantes de la afección que puedan ser agentes causantes de la misma, identificación del perfil del trabajador, pruebas diagnósticas realizadas, etc. Que permitan concluir si la lesión corporal (física o psíquica) tiene causa exclusiva en el trabajo.

²⁵¹ MESO LLAMOSAS, I. Las prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedades mentales en ..., op. cit. p. 457.

En las enfermedades psíquicas y/o mentales, cuando existe únicamente un diagnóstico relacionado con la salud mental, para que se reconozca como accidente de trabajo, el apartado e) del art. 115.2 del TRLGSS exige que la única causa de la enfermedad sea el trabajo, por lo que no es suficiente que la patología se desencadene a consecuencia del modo en que el trabajador viva determinados avatares de la relación laboral, sino que también se va a pedir que no confluyan otros elementos desencadenantes, y, además, que no venga provocado por una personalidad de base del afectado, que le hace vivir mal, enfermando, lo que normalmente no desencadena patología alguna. De ahí que pueda ser relevante, como elemento indiciario, determinar si el trastorno anímico se hubiera producido en una mayoría de personas colocadas en la misma situación laboral o si el grueso de ellas no hubiera enfermado²⁵². El apartado f) del mismo artículo recoge el supuesto de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de accidente. Este supuesto se viene aplicando en el caso de patologías de carácter degenerativo de origen común que, como consecuencia del accidente de trabajo pasan a calificarse como contingencia profesional. Esto debe trasladarse a enfermedades de carácter mental, si bien requerirá de una prueba mucho más compleja²⁵³.

La conducta hostil y las lesiones o secuelas que la secundan tienen lugar con ocasión o por consecuencia del trabajo y deben calificarse como contingencia profesional por el responsable administrativo o judicial²⁵⁴. Habrá de fijarse la

²⁵² Ibídem, p. 459.

²⁵³ Como ejemplos, la Sala de lo Social TSJ País Vasco en la sentencia de 17 de junio 2008, (Rec. 1028/2008), establece “estas calificaciones (personalidad cautelosa y recelosa) no son suficientes para entender que el trabajador padece un cuadro de patología de base suficiente para excluir la contingencia profesional. No es admisible que aquello que pueda ser favorable para una actividad laboral, e implique una mayor entrega del trabajador, a su vez sea considerado como un elemento impropio de la normalidad laboral, y pueda excluir la protección de carácter profesional. La personalidad que se detalla del trabajador no muestra ningún tipo de desequilibrio, irregularidad o anormalidad, sino que aporta unas manifestaciones habituales, que en modo alguno pueden ser causantes o determinantes de la depresión padecida”. Por el contrario en la sentencia del mismo tribunal de 1 de junio 2010, re. 653/2010. En ella el tribunal califica el proceso sobre determinación de la contingencia de la prestación de incapacidad temporal como enfermedad profesional señalando “cierto es que presentaba una personalidad previa con rasgos anacásticos y obsesivos, con predisposición a la ansiedad y tendencia a la introversión, con dificultades para afrontar situaciones de estrés, pero hasta entonces, la misma, no había requerido, no de situaciones de incapacidad temporal previa, sino de ninguna actuación sanitaria para el diagnóstico, tratamiento o curación, siendo la propia dinámica laboral de aquellos días, la que genera una situación estresante en la trabajadora que provoca que esa tendencia se materialice en un colapso por ansiedad que determina inmediata atención sanitaria e impedimento para trabajar”.

²⁵⁴ El INNS (según RD 1300/1995) o judicial: STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (Rec. 518/1996), STSJ Navarra de 30 de abril (Rec. 134/2001), 18 de mayo de 2001 (Rec. 148/2001), 15 de junio de 2001 (Rec. 220/2001), Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2001 (Rec. 40/1998). En materia de estrés STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos de 10 de mayo de 2007 (Rec. 291/2007), STSJ de Valladolid, de 20 de diciembre de 2001 (Rec. 2141/2001), y la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1997 (Rec. 3626/1996); para el síndrome de *burnout* STSJ de Castilla- La Mancha de 31 de marzo de 2004,

relación de causalidad trabajo-enfermedad mental con una carga probatoria exquisita²⁵⁵.

Los daños derivados de la actualización de los riesgos psicosociales, a raíz de su no prevención, tienen la consideración de enfermedades del trabajo. Hoy día, ante la imposibilidad de encuadrar determinadas patologías psíquicas contraídas por motivo u ocasión del trabajo como enfermedades profesionales al no figurar en la lista cerrada de dichas enfermedades- art. 116 de la LGSS, en relación con el Real Decreto 1995/1978 de 12 de mayo- tanto la doctrina científica como judicial reconducen esas patologías psíquicas a la noción de enfermedades del trabajo, con cuya expresión se hace referencia a las enfermedades o procesos de alteración de la salud del trabajador que, no siendo en sentido técnico-jurídico enfermedades profesionales, guardan una relación causal con la prestación de servicios desempeñada y que por ello mismo se equiparan en su tratamiento al accidente de trabajo²⁵⁶.

3.1.4 Prestaciones de la Seguridad Social

Las prestaciones son un conjunto de medidas que pone en funcionamiento la Seguridad Social para prever, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren. Aunque la mayoría son de carácter económico, también se incluye la asistencia sanitaria. No olvidemos que el objeto es proporcionar los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas, atendiendo, de forma especial, a la rehabilitación física precisa para lograr una completa recuperación profesional del trabajador.

Para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, el trabajador debe encontrarse afiliado y en alta. En el supuesto de las prestaciones consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional no se exigirá periodo de carencia o cotización previa para causar su derecho, privilegio que se extiende a las derivadas de accidente no laboral, salvo disposición legal expresa en contrario (art. 124.4 LGSS).

(Rec. 2184/2003), STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2005 (Rec. 6118/2003) o la STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 1320/1999).

²⁵⁵ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., Jurisprudencia dictada en el área social sobre salud mental en el trabajo en COLLANTES IBÁÑEZ, P. MARCOS, L.I. (Coord.) *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012, p. 477.

²⁵⁶ En la STSJ Navarra de 18 de abril de 2006 (Rec. 84/2006). *Vid. infra* apartado 16.3.

La protección más extensa en número de beneficiarios y cuantía de las prestaciones es a nivel contributivo que se articula, por un lado en un Régimen General, dirigido a los trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios en las condiciones que prevé el artículo 1.1 del ET, sin especiales características, y por otro, en varios Regímenes Especiales que tienen su fundamento en la necesidad de adaptar los beneficios de la Seguridad Social en determinadas actividades profesionales, debido a su naturaleza, sus peculiaridades de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos (art. 10.1 LGSS).

El otro nivel también básico, aunque de creación más cercana en el tiempo²⁵⁷ e inspirado en los principios contenidos en el art. 41 CE lo constituye el de prestaciones no contributivas.

3.1.4.1 Prestaciones contributivas

Ya anticipamos que la identificación del tipo de contingencia es determinante para establecer la cuantía de la prestación contributiva. Su fundamento se debe buscar en la posibilidad de que aparezca un riesgo o peligro que impida al trabajador el desempeño de su labor ordinaria de trabajo, o bien que suponga un aumento de los gastos. En el primer caso, al no poder realizar su actividad, el empresario se inhibe de su obligación de abonar el salario. Esta situación de imposibilidad de realizar la actividad puede deberse a distintas causas, como al enfermedad, invalidez, incapacidad, etc. Por ello, no sólo precisa de un remedio adecuado a sus circunstancias, que necesariamente ocasiona un aumento de los gastos como consecuencia de la asunción de cargas familiares o de la percepción de asistencia sanitaria. En todos estos supuestos nos encontramos con una situación de necesidad que en el nivel contributivo de la Seguridad Social se vincula a la idea de riesgo²⁵⁸. La contingencia debe reunir una serie de requisitos legales para que se tenga en cuenta a efectos de acceder al derecho de una prestación²⁵⁹. La base reguladora se obtiene de distinta manera en función de cuál sea la causa de la que derive la incapacidad²⁶⁰.

²⁵⁷ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y práctica*, 2ª edición, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, p. 67.

²⁵⁹ Sobre los conceptos de prestación y otras nociones básicas ALARCÓN CARACUEL, M.R. Y GONZÁLEZ ORGEA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 113-116.

²⁶⁰ En las conclusiones del Abogado General en el asunto C-527/13 Lourdes Cachaldora Fernández/INSS, TGSS una disposición de la Ley española en materia de cálculo de las pensiones de incapacidad permanente es contraria al Derecho de la Unión. A su juicio, la normativa española introduce una discriminación indirecta basada en el sexo, contraria a la Directiva sobre la discriminación entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El cálculo establecido por la Ley española introduce una discriminación indirecta basada en el sexo, contraria a la Directiva

Según sea la actividad que desempeñe el trabajador se incluirá en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales. El Régimen General es el de mayor importancia en número de afiliados, se dirige a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y a los trabajadores de servicios sin especiales peculiaridades. Se contemplan diferentes Regímenes Especiales²⁶¹. También hay Regímenes integrados al General o al Régimen Especial de Autónomos y sistemas especiales.

La base reguladora consecuencia de enfermedad común o accidente no laboral será equivalente a la base de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de iniciación de la incapacidad temporal²⁶²

Si la incapacidad temporal es consecuencia de accidente de trabajo, enfermedad profesional u observación de enfermedad profesional, la base reguladora será el resultado de los siguientes conceptos²⁶³ :

- Base de cotización por la contingencia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales del mes anterior a la baja, excluido el importe de horas extraordinarias.

sobre la discriminación entre hombres y mujeres en materia de seguridad social ya que causa una desventaja a los trabajadores que hayan ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a una interrupción del abono de sus cotizaciones al régimen de seguridad social. La discriminación indirecta se produce al afectar a un número mucho mayor de mujeres (80% en 2010 y 73% en 2013) que de hombres. Conduce a reducir la cuantía de la pensión de incapacidad permanente de un modo desproporcionado con respecto a las cotizaciones abonadas por el interesado a lo largo de toda su carrera profesional.

²⁶¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y práctica*, , 2ª edición, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, p. 69, las describe del siguiente modo:

- a) Regímenes que protegen a trabajadores por cuenta ajena excluidos del Régimen General; se encuentran los Regímenes Especiales agrario, de la minería del carbón y de empleados del hogar.
- b) Regímenes que incorporan a personas que siendo parte de una relación de servicios, sin embargo, no son jurídicamente calificables como trabajadores por cuenta ajena; Se encuentran los diferentes Regímenes de funcionarios públicos.
- c) Regímenes que protegen a trabajadores por cuenta propia: Régimen de trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- d) Régimen que incluye tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, con normativa particular para cada uno de ellos: Régimen de trabajadores del mar.
- e) Régimen Especial de los Estudiantes, que no se corresponde propiamente con el desempeño de una actividad profesional sino más bien con la condición de estudiante (Ver la disposición adicional 40.1 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

²⁶² Art. 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

²⁶³ Arts. 134 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de RGSS en materia de prestaciones del RGSS, y el 2.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

- Promedio de la suma de las percepciones por horas extraordinarias de los 12 meses inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad temporal.

Además, cuando la incapacidad temporal es consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional el porcentaje será el 75 por 100²⁶⁴; siendo el salario del día del accidente de trabajo o de la baja por enfermedad a cargo del empresario²⁶⁵.

Cuando la incapacidad temporal es consecuencia de enfermedad común y accidente no laboral, los porcentajes aplicables a la base reguladora serán los siguientes: desde el 4º día de baja hasta el 20º el 60 por 100; y desde el 21 en adelante, el 75 por 100²⁶⁶.

En definitiva, hemos podido apreciar que existe un tratamiento privilegiado de las contingencias profesionales frente a las comunes que se puede identificar de la siguiente manera:

Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se benefician del principio de automaticidad, causan derecho aun en ausencia de los requisitos de afiliación, alta y cotización, opera el alta de pleno derecho y no se exigen periodos de carencia, sino exclusivamente alta o situación asimilada.

La cuantía de las prestaciones económicas puede ser más elevada que las equivalentes por contingencia común, siendo más próxima al salario real. El empresario está obligado al pago de la prestación económica en los casos de incapacidad temporal por enfermedad común hasta el decimoquinto día de la baja. Sin embargo, en caso de declaración como accidente de trabajo, el pago de la prestación se realiza por la Mutua, a partir del día siguiente dicho accidente, lo que puede provocar que se tengan por accidente algunos que en puridad no lo son²⁶⁷.

Se reconocen prestaciones especiales como las indemnizaciones por fallecimiento o por lesiones permanentes no invalidantes así como una baja preventiva o periodo de observación de seis meses, prorrogable hasta doce, si fuera necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. La asistencia sanitaria es más

²⁶⁴ Art. 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

²⁶⁵ Art. 9.4 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

²⁶⁶ Art único del RD 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el art. Segundo del Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria.

²⁶⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Albacete, Bomarzo, 2012, p.71.

completa llegando a cubrir las prestaciones farmacéuticas para el beneficiario. La cuantía de la prestación, en el supuesto de incapacidad temporal es un porcentaje de la base reguladora mayor (del 75 por 100 contingencias profesionales frente al 60 por 100 en las comunes). La prestación económica en las incapacidades temporales de corta duración, es superior si deriva de un riesgo profesional, el pago de la prestación económica por incapacidad temporal de origen profesional es responsabilidad de la entidad gestora o mutua aseguradora en su integridad, desde el primer día, el recargo de las prestaciones según la gravedad de la falta solo cabe cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo que permite, una cuantía de la prestación más elevada y la cotización por contingencias profesionales, se realiza mediante una aportación empresarial única conforme a criterios distintos a los de las contingencias comunes y diferentes por ramas de actividad²⁶⁸.

Sería más adecuado otorgar una idéntica protección para la situación de necesidad que se genera, independientemente de su origen profesional o común, ya que quien padece un problema de salud que le incapacita para la actividad laboral, padece el mismo estado de necesidad por la suspensión del contrato, lo que debe corresponderse con las mismas prestaciones sociales.

En las prestaciones por incapacidad permanente existe diferente tratamiento tanto en la determinación de la cuantía de las pensiones como en el reconocimiento de prestaciones exclusivas consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

La base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente consecuencia de contingencias profesionales es el salario real, siendo éste equivalente a la suma de las siguientes percepciones²⁶⁹:

- Salario diario más antigüedad, multiplicado por 365 días.
- Importe de las pagas extraordinarias.
- Cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo período, multiplicado por 273 (que corresponde a los días laborables que, con carácter general establece el ET), salvo que el número de días laborales efectivos en la

²⁶⁸ *Ibídem*, pp. 67-70, además realiza una interesante propuesta para superar las debilidades del sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales en clave preventiva mediante un sistema de primas por riesgos profesionales y la recuperación del principio de consideración conjunta de las contingencias.

²⁶⁹ Arts. 139 LGSS y 15.2 b) de la Orden de 15 de abril de 1969.

actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso se aplicará el multiplicador que corresponda.

Como protección exclusiva de las contingencias profesionales en el ámbito de la incapacidad permanente se contemplan las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes²⁷⁰. Estas lesiones²⁷¹ se indemnizan por una sola vez mediante cantidad alzada que se determine en el baremo recientemente actualizado²⁷² por la entidad obligada al pago y sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar en la empresa²⁷³.

Para ser beneficiario de estas indemnizaciones es necesario estar afiliado y en alta o situación asimilada y haber sido dado de alta médica.

Las lesiones permanentes no invalidantes son incompatibles con las prestaciones por incapacidad permanente, salvo que las lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en cuenta para declarar el grado de incapacidad permanente²⁷⁴.

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consiste en una cantidad a tanto alzado que, como tal, se

²⁷⁰ Arts. 150 LGSS, 16.1 del Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS y condiciones para el derecho a las mismas, y 46 de la Orden de 15 de abril de 1969.

²⁷¹ Aquellas lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo reglamentario (arts. 150 LGSS, 16.1 Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS y condiciones para el derecho a las mismas, y 46 de la Orden de 15 de abril de 1969).

²⁷² La Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, incorpora la disposición adicional 56ª de la LGSS, con efectos de 1 de enero 2013, y que determina la obligación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de proceder a la actualización de los importes, según baremo, de las lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de contingencias profesionales, reconocidas por la Seguridad Social. En desarrollo de dicha norma se ha publicado la Orden ESS(66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo no invalidantes. Dicho baremo es, además, aplicable para la determinación de las lesiones permanentes no invalidantes reconocidas como consecuencia del RD 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo (art. 10.1 d) RD 671/2013. El baremo se establece en relación a las distintas partes del cuerpo humano, en el que se valora la pérdida o disminución funcional de los distintos órganos, glándulas, vísceras y miembros, adscribiendo a cada caso la indemnización correspondiente.

²⁷³ Arts. 150 LGSS y 49 Orden de 15 de abril de 1969.

²⁷⁴ Arts. 152 LGSS y 16.2 Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS y 47.1 de la Orden de 15 de abril de 1969.

abona en un único pago y cuya cuantía asciende a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación por incapacidad temporal de la que se derive dicha incapacidad permanente²⁷⁵. En los supuestos en los que no existiera incapacidad temporal previa por carecer de tal protección el beneficiario se tomará como base reguladora la que hubiera correspondido por incapacidad temporal de haber tenido derecho a dicha prestación.

Las prestaciones de incapacidad permanente, total y gran invalidez corresponden a una pensión vitalicia cuyo cálculo se obtiene mediante el cálculo de la base reguladora multiplicado por un porcentaje correspondiente al grado de incapacidad declarado. Para obtener la base reguladora se tiene en cuenta el origen de la contingencia.

Si la incapacidad permanente deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional²⁷⁶ la base reguladora coincidirá con el salario real percibido por el trabajador en el momento del accidente o, en su caso, de la baja. Para su cuantificación se realizan las siguientes operaciones:

El dividendo será el salario base anual que resulta de la suma de las siguientes partidas:

- El salario percibido por el beneficiario en la fecha del accidente multiplicado por 365 días.
- El importe anual de las pagas extraordinarias.
- Las prestaciones en especie.
- Los beneficios o participación en los ingresos por el importe percibido por el trabajador en el año anterior al accidente.
- El resultado de multiplicar el cociente que resulte de dividir la suma de los pluses y retribuciones complementarias percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo período, por 273 –salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso se aplicará el multiplicador que corresponda-.

Una vez determinado el salario base anual, el *quantum* económico de la base reguladora mensual se obtiene dividiendo dicho salario por los 12 meses del año.

²⁷⁵ Artículos 139.1 LGSS y 9 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones de Régimen General de la Seguridad Social (BOE 28-6-1972, núm. 154).

²⁷⁶ Capítulo V Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo con las modificaciones introducidas por la Disposición Adicional 11ª del RD 4/1998.

Los porcentajes aplicables sobre la base reguladora dependen del grado de incapacidad permanente y no varían en función del origen de la contingencia.

La prestación por incapacidad permanente total representa un 55% de la base reguladora²⁷⁷ que se incrementará un 20% a partir de los 55 años cuando por diversas circunstancias se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual²⁷⁸. Por tanto, esta prestación es compatible con el trabajo, pero el ordenamiento valora la posibilidad real, efectiva, de realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, de forma que, si dadas las circunstancias concurrentes, resulta poco probable que el beneficiario pueda obtener otra fuente de ingresos, la cuantía de la prestación incrementa.²⁷⁹

En este caso la base reguladora derivada de una enfermedad común de trabajadores que tengan cincuenta y dos o más años será el cociente que resulte de dividir por 100 doce las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en el que se produzca el hecho causante. El cómputo de dichas bases se realiza siguiendo unas reglas: Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal, las bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución de índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el periodo de bases no actualizables de la regla anterior.

Para los trabajadores con menos de cincuenta y dos años la base reguladora se obtiene de manera análoga pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes y excluyendo, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquél en el que se produjo el hecho causante.

²⁷⁷ Artículos 139.2 LGSS y 12.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE 30-12-1966, núm. 312).

²⁷⁸ Artículo 139.2 LGSS en relación con el artículo 6 Decreto 1646/1972. Así, en la incapacidad permanente total cualificada los declarados afectos a una incapacidad permanente total para su profesión habitual verán incrementada su pensión en un 20% cuando por su edad, su falta de preparación general o de especialización, o por circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener un empleo en actividad distinta a la habitual. En definitiva, en tales casos, concurren una serie de factores de los que se deriva una mayor dificultad en la capacidad de ganancia (STC 137/1997) y que justifican una mayor protección del sistema.

²⁷⁹ Lo que ocurre es que, en la práctica, la especial protección que merece la incapacidad permanente cualificada sólo ha tenido virtualidad para el grupo de inválidos de más edad. DESDENTADO BONETE, A., "La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, , núm. 4, 1997 ,p.74.

En el caso de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral, la base reguladora, como regla, será el cociente de dividir por veintiocho las bases de cotización del trabajador durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses naturales que deberá elegir el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento en que cause el derecho a la pensión²⁸⁰.

Si la incapacidad permanente total se deriva de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la base reguladora de la pensión tenderá a coincidir con el salario real de trabajador²⁸¹.

No obstante, la pensión por incapacidad permanente total puede ser sustituida, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado en los siguientes casos²⁸²: a) que se trate de un trabajador menor de sesenta años; b) que se presuma que las lesiones determinantes de la incapacidad no son susceptibles de una modificación que dé lugar, en lo sucesivo, a una revisión de la incapacidad declarada; c) que el beneficiario realice trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, o acredite que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, siempre que demuestre tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad que se trate, y d) que se solicite dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme que le reconozca el derecho a la pensión o, si fuese menor de 21 años de edad en dicha fecha, dentro de los tres años siguientes al día en que cumpla dicha edad.

La pensión de invalidez, en su grado de absoluta, asciende a un 100% de la base reguladora²⁸³. Si el trabajador es calificado de gran invalidez, el importe de la pensión se incrementará con un complemento, destinado a que el sujeto pueda remunerar a la persona que le atienda²⁸⁴. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento de hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de

²⁸⁰ art. 49.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre. BOE núm.. 312 de 30 diciembre de 1966.

²⁸¹ Decreto de 22 de junio de 1956. BOE núm. 197 de 15 julio 1956.

²⁸² Artículos 139.2 y 3.3 Decreto 1646/1972, siempre y cuando el beneficiario cumpla los requisitos exigidos por la Orden 31-7-1972, por la que se dictan las normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE 11-8-1972, núm. 192).

²⁸³ Artículos 12.4 Decreto 3158/1966 y 17 Orden 15-4-1969, por la que se regulan las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 8-5-1969, núm. 110).

²⁸⁴ También podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos (art. 139.4 LGSS).

incapacidad permanente²⁸⁵. En ningún caso, el complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por trabajador.

La pensión puede extinguirse por revisión de la incapacidad, por reconocimiento de la pensión de jubilación cuando se opte por esta pensión y por fallecimiento del pensionista²⁸⁶.

Respecto a la incapacidad permanente derivada de enfermedad común o de accidente no laboral²⁸⁷ tras la reforma introducida por la Ley 26/1985²⁸⁸, el arco temporal computable en el cálculo de la base reguladora se amplió sustancialmente²⁸⁹.

²⁸⁵ Artículo 139.4 LGSS

²⁸⁶ De acuerdo con el art. 294.2 LJS, si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras c) y d) del apartado 2 del art. 230. En este sentido STS 1 junio de 2010 (Recud. núm. 1550/2009).

²⁸⁷ derivada de enfermedad común con independencia del grado o de accidente no laboral en los grados de absoluta o gran invalidez, siempre y cuando se acceda a la pensión desde una situación de no alta.

²⁸⁸ Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura de la acción protectora (BOE 1-8-1985, núm. 183).

²⁸⁹ MERCADER UGUINA, J.R., "La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y del trabajo", Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013. Antes de la reforma, la base reguladora de la incapacidad permanente por contingencias comunes suponía el resultado de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización de un período ininterrumpido de 24 meses; periodo elegido por el propio interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causase el derecho a la prestación. La modificación introducida por la Ley 26/1985 cuadruplicó el período computado y, en su virtud, la base reguladora de la pensión de invalidez permanente derivada de enfermedad común es el cociente de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante; regla que resulta también aplicable respecto de las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente no laboral en los grados de absoluta o gran invalidez cuando el beneficiario no se encuentre en alta o situación asimilada. Con motivo de la reforma operada por la Ley 40/2007, al resultado obtenido se aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el artículo 163.1 LGSS (relativo a la cuantía de la pensión de jubilación), considerándose a tal efecto como cotizados los años que resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad legal de jubilación (Artículo 140.1b) LGSS). En el caso de que el beneficiario no acreditara quince años (periodo mínimo exigido para devengar pensión de jubilación) el porcentaje aplicable será el 50%. Finalmente, se aplicará el porcentaje que corresponda en función del grado de incapacidad. En caso de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez por accidente no laboral, siempre y cuando los interesados se encuentren en alta o situación asimilada (en caso contrario la base reguladora se calculará conforme a la incapacidad permanente derivada de enfermedad común), el cálculo de la base reguladora se rige por criterios específicos, al margen de la regla general (Esta regla fue introducida por la Ley 26/1985 y desarrollada por el RD 1799/1985, de 2 de octubre, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de Seguridad Social (BOE 5-10-1985, núm. 239).) y su base

Cuando se trate de indemnizaciones, el pago se realiza de una sola vez en la cuantía que corresponda.

Cuando se trata de pensiones, el pago se realiza de forma periódica: a) las pensiones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral se abonan en catorce pagas, una por cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias al año que se hacen efectivas junto con las mensualidades de junio y de noviembre y por el mismo importe que el de la mensualidad ordinaria correspondiente a dicho mes, y b) las pensiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional se abonan en 12 mensualidades, ya que las pagas extraordinarias están prorrateadas dentro de las mensualidades ordinarias, al haber sido tenidas en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión.

La indemnización correspondiente a la incapacidad permanente parcial y la pensión por incapacidad permanente total están sujetas a tributación, en los términos establecidos en las normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Sin embargo, las pensiones de incapacidad permanente absoluta y las de gran invalidez están exentas de retención.

La presente situación económica de profunda crisis mantenida en el tiempo ha provocado una muy difícil situación de las cuentas de la Seguridad Social. En este contexto el reconocimiento del trabajador como pensionista se ha convertido en algo excepcional siempre y cuando no concurren circunstancias en las cuales no exista ninguna duda de la posible recuperación de las competencias del trabajador.

reguladora se calcula en base a los artículo 15.2^a) Orden 15-4-1969 y 7 Decreto 1646/1972 (El art-5.4 del RD 1799/1985, establece que el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente total, invalidez permanente absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral, en que los beneficiarios se encontrasen en situación de alta o asimilada a la de alta, continuará rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985). Cuando la prestación deriva de una contingencia profesional, la base reguladora de las pensiones se calcula sobre la base de los salarios reales abonados al trabajador, según los criterios de cálculo establecidos en el Decreto 22-6-1956 (Decreto 22-6-1956, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y el reglamento para su aplicación (BOE 15-7-1956, núm. 197)). El módulo de referencia no es por tanto la base de cotización, sino la retribución efectivamente recibida por el beneficiario; criterio de cálculo que privilegia, sin duda, los riesgos profesionales con respecto a los comunes. Así es, a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad derivadas de contingencias profesionales (la Disposición Transitoria primera Decreto 1646/1972 mantuvo la vigencia de la legislación anterior.) En consecuencia, resulta de aplicación, según lo establecido en el artículo 15.2.b) Orden 15-4-1969, las normas previstas en el capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto 22-6-1956, que establecen una serie de pautas para determinar el salario regulador de las prestaciones por incapacidad permanente cuando traigan su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional. Existe así una norma no derogada que establece específicamente el criterio de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente por accidente no laboral, conforme a la cual la base reguladora será el cociente que resulte de dividir 28 por la suma de las bases de cotización del trabajador durante un periodo ininterrumpido de 24 meses naturales, período que será elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante.

En numerosas ocasiones, basta con la inclusión de la palabra "mejoría" en los informes médicos para denegar sistemáticamente dicha prestación obligando al trabajador a acudir al procedimiento judicial en reclamación de sus derechos. Dicha reclamación, que se deberá sustanciar en el procedimiento ante la jurisdicción social, lleva aparejada la prolongación en el tiempo y la incertidumbre en el resultado dada la enorme acumulación de este tipo de procedimientos.

Es frecuente que se produzca, además, otra controversia relacionada con el grado de incapacidad que le es reconocido al trabajador, y que tiene una relación directa con la prestación económica que recibirá (entre el 55 y el 100% de la base reguladora). Ante dicha situación se puede instar por el trabajador la revisión del grado de incapacidad reconocido, generalmente menor que el que solicitó. En este conflicto intervienen diferentes elementos, uno de ellos relacionado con las entidades que gestionan la prestación (*vid. infra* apartado 12.2.4).

La protección dispensada puede en algunos casos, producir el efecto contrario al deseado. Por un lado, desincentivar al trabajador para que busque un nuevo puesto de trabajo acorde a su situación. Por otro, teniendo en cuenta el monto de las prestaciones económicas, se produce una disminución evidente de sus ingresos, empobreciéndole, puesto que a partir de su reconocimiento, las pensiones se adecúan al IPC, que en el plazo de unos años tiene como consecuencia, la desviación entre las asignaciones del mercado de trabajo y las pensiones. Todo ello nos reafirma en la idea de que una correcta adaptación del puesto de trabajo produciría un efecto favorable por la permanencia de los trabajadores en el mercado de trabajo y sus positivas consecuencias socio-económicas.

3.1.4.2 Prestaciones no contributivas

Este mecanismo protector no toma en consideración la capacidad laboral sino exclusivamente la disminución de la capacidad global del individuo²⁹⁰. Las prestaciones no contributivas²⁹¹ son aquellas medidas de protección que el sistema de la Seguridad Social proporciona ante la aparición de una situación de necesidad, que se conecta con la invalidez o ancianidad, en los supuestos en que el beneficiario no haya cotizado, o haya cotizado de forma insuficiente al Sistema, siempre que reúna los requisitos de edad, residencia, y en su caso, grado de

²⁹⁰ BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales...*, op. cit. p. 22.

²⁹¹ Artículos 144 a 149 de la LGSS (pensión de invalidez no contributiva) y arts. 167 a 170 LGSS (pensión de jubilación no contributiva). Se implantaron en el sistema de español de Seguridad Social mediante la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Desarrollo reglamentario RD 357/1991, de 15 de marzo, modificado por el Real Decreto 118/1998, de 30 de enero, en cuanto a la comprobación de los requisitos para el derecho a pensión no contributiva del sistema de la Seguridad Social (BOE 18 febrero).

invalidez, y no alcance un determinado nivel de rentas²⁹². Se acude a este nivel de protección cuando se han agotado las posibilidades de obtener la pensión contributiva de jubilación o de invalidez.

La pensión de jubilación no contributiva se dirige a todos los ciudadanos que llegan a la vejez, acreditan cierto arraigo y hacen valer su estado de necesidad al no alcanzar un determinado nivel de ingresos económicos. En el caso de la pensión de invalidez no contributiva, se consideran similares requisitos de residencia y de carencia de recursos, salvo que la condición de vejez viene sustituida por la de alcanzar un determinado grado de discapacidad.

Por su interés para nuestro trabajo nos centraremos en la pensión de invalidez. Podrán ser beneficiarios de esta prestación las personas mayores de 18 años y menores de 65 años que residan en el territorio español o lo hayan hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión; estar afectado de una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65 por cien, carecer de rentas o ingresos. Los beneficiarios de esta pensión que sean contratados por cuenta ajena que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente dicha pensión, cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción. En el cómputo anual de sus rentas no se tendrá en cuenta las que hubieren percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia, o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese de la actividad laboral o en el citado programa.

La cuantía será la que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado²⁹³. Su abono se fracciona en catorce pagas al año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre. Esta cuantía se incrementará en un 50 por 100 cuando el grado de discapacidad o enfermedad crónica sea igual o superior al 75 por 100 y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, se necesite el concurso de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

²⁹² FERNANDEZ ORRICO, F.J. “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Seguridad Social*, nº 34, 2002, p. 116.

²⁹³ Para el año 2013 quedó fijada en 5.108,60 euros/año y para el año 2014 en 5.136,60 según la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 y el RD 1107/2014 de 26 de diciembre sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015.

Podrán ser constitutivas de invalidez no contributiva las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico (que afectan al aparato locomotor, respiratorio, circulatorio o endocrino-metabólicas) o psíquico (incluye retraso mental así como las demás alteraciones psíquicas), congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial (alteraciones de la audición, visión, lenguaje, etc.) de quienes la padecen.

A la vista de la anterior definición, se aprecia que la modalidad no contributiva presenta tres diferencias fundamentales en relación con el nivel contributivo²⁹⁴: se omite cualquier connotación a la capacidad laboral de la persona para graduar su discapacidad, y por ello se trata de pensiones desligadas de cualquier periodo de carencia, base de cotización, afiliación o alta y cualesquiera otras exigencias asociadas a una actividad productiva²⁹⁵; no contempla la existencia de grados de invalidez, salvo que la discapacidad sea igual o superior al 75 por 100, circunstancia muy similar a la que motiva la calificación de gran invalidez al beneficiario en el nivel contributivo; e incluye la invalidez congénita.

Las pensiones no contributivas cubren situaciones de necesidad real y no presunta, que se materializan en la ausencia de rentas por encima de un determinado umbral. La regulación inicial de las pensiones de invalidez de carácter asistencial consideraba beneficiarios a quienes, entre otros requisitos carecieran de renta o ingresos suficientes siendo computados a tales efectos cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Esto ocasionaba reticencia de los beneficiarios a su inserción laboral ante el riesgo de perder definitivamente la pensión.

Se deben regular mecanismos para ir adecuando estas pensiones de manera paulatina de acuerdo los ingresos que reciba el trabajador, de manera que no supongan un obstáculo en la búsqueda de un puesto de trabajo pero sin llegar a desproteger al beneficiario.

3.1.5 Compatibilidad entre prestaciones y empleo

En todos los casos de incapacidad permanente existe compatibilidad pero sus límites no están definidos, principalmente por la dificultad en precisar la “profesión habitual”, la interrelación entre el incapacitado, el INSS y la empresa así

²⁹⁴ Recordemos que la invalidez permanente contributiva se define en el art. 136.1LGSS como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

²⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Incapacidad Permanente”, en MONTROYA MELGAR, A. (Coord.) *Curso de Seguridad Social*, 3ª edición, Navarra, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 657.

como la normativa a aplicar no sólo laboral sino también de seguridad social. Por ello la jurisprudencia tiene un papel fundamental.

El pensionista debe comunicar al INSS dicha situación, antes de iniciar la correspondiente actividad laboral²⁹⁶, y en todos los supuestos puede iniciarse el proceso de revisión del grado de incapacidad permanente (art. 143.2 TRLGSS, si bien no cabe la suspensión automática de la percepción de la pensión por el hecho de desarrollar una actividad laboral o profesional.

La compatibilidad entre prestaciones y empleo es positiva porque la amenaza de la pérdida de la prestación por incapacidad ante una vuelta a la actividad laboral supondría, en la mayoría de los casos, un obstáculo infranqueable por el temor a la pérdida de unos ingresos mínimos garantizados.

3.1.5.1 Incapacidad permanente parcial y trabajo

Esta prestación por IPP es compatible con el desarrollo de cualquier actividad laboral tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, por lo que es compatible con el mantenimiento del trabajo que viniera desarrollando.

En la incapacidad permanente parcial se produce una disminución del rendimiento normal en un porcentaje no inferior al 33 por 100 del rendimiento normal para la profesión que no afecta a la realización de las tareas fundamentales. Precisamente por ello, la protección del sistema no se concreta en una pensión de carácter vitalicio, sino en una indemnización a tanto alzado. Es la situación que menos problemas plantea. La compatibilidad de la situación de incapacidad con el trabajo remunerado está implícita en el propio concepto de este grado de incapacidad²⁹⁷.

El trabajador que haya sido declarado en esta situación invalidante tiene derecho a su reincorporación a la empresa en las condiciones previstas en el art. 1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de trabajadores *minusválidos*. No obstante, en el supuesto de que el empresario acredite una disminución en el rendimiento podrá cambiarlo a un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente la remuneración, sin que dicha reducción pueda ser superior al 25% con el límite del SMI.

²⁹⁶ Art. 2 RD 1071/1984 si bien el incumplimiento de esta obligación no resulta sancionable, si el pensionista desarrolla una actividad, por cuenta propia o ajena, que resulta incompatible legal o reglamentariamente incurriría en una infracción grave conforme a lo previsto en el art 25.2 LISOS.

²⁹⁷ LEONÉS SALIDO, J.M., “¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?”, *Relaciones Laborales*, 1993, vol. I pp. 1311-20. ROQUETA BUJ, R. *La incapacidad permanente*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, p. 235.

Por tanto, percibir una prestación de la Seguridad Social es compatible con el trabajo y con el trabajo anterior, ya que la persona puede seguir desarrollando las tareas fundamentales de la profesión que venía desempeñando. Su consecuencia laborales es que no puede ser causa de despido (art. 40.1 e) ET) ya que el trabajador mantiene su capacidad laboral, aunque se encuentre disminuida y la empresa tiene el deber de readmitir al trabajador tras el alta médica.

Una de las novedades incorporadas por la Ley 27/2011 con respecto a los trabajadores que causen alta a partir del 1 de enero de 2013 es la ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, generalizando la protección por dichas contingencias al pasar a formar parte de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social²⁹⁸.

La incapacidad permanente parcial es una figura que existe formalmente pero no se reconoce de una manera habitual. Dicha situación puede tener varias causas, entre ellas, la situación económica nacional y el riesgo de que el trabajador, al cual le ha sido reconocida dicha incapacidad, no consiga desempeñar las exigencias de su puesto de trabajo, lo que le abocaría a solicitar el reconocimiento de una incapacidad permanente total. Esta situación provocaría un posible doble desembolso para las arcas del Estado, primero, por el pago de las veinticuatro mensualidades del último salario previo al reconocimiento de la situación e incapacidad permanente parcial, y posteriormente, la prestación por la incapacidad permanente total o absoluta. Se deberían establecer mecanismos que mitigaran dichas situaciones indeseadas, pero desde la perspectiva de fomentar el mantenimiento del puesto de trabajo.

3.1.5.2 Incapacidad permanente total y trabajo

El art. 141.1 LGSS declara la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta. Al encontrarse el trabajador inhabilitado para la realización de todas o las más importantes tareas de la profesión habitual, pero no impedido para dedicarse a otra profesión distinta, es la situación que plantea más dificultades.

Existe una incompatibilidad esencial entre la prestación por incapacidad permanente total y el desempeño de la profesión habitual. La inactividad en la profesión a que se refiere la incapacidad permanente total constituye una condición inherente a la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en

²⁹⁸ Disposición Adicional Quincuagésima Octava Ley 27/2011.

cuanto integrante del concepto mismo del grado de incapacidad permanente total, que es aquel que inhabilita al trabajador para realizar las tareas de una determinada profesión, pudiendo dedicarse a otra distinta²⁹⁹. Como afirma el TS, la pensión de invalidez en el grado de total tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado invalidez³⁰⁰.

Por el contrario, existe la posibilidad de compatibilizar la pensión por incapacidad permanente total y el desempeño de una profesión distinta de la habitual siempre que se trate del ejercicio de una profesión en la que desempeñe tareas distintas a las ejercidas en la profesión para la que fue incapacitado. Esta circunstancia deberá ser comunicada a la Entidad gestora competente y su incumplimiento dará lugar a la imposición de sanciones.

En este contexto es imprescindible definir el concepto de profesión habitual.

La profesión habitual es aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine³⁰¹.

En caso de accidente, el carácter de profesión habitual lo configuran las labores que se desarrollaban al sobrevenir la contingencia causante y con las que se obtenía un medio de vida fundamental, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente, el trabajador hubiera desempeñado otro tipo de trabajos. Por tanto, la profesión habitual no es la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, sino la ejercida en el momento en que se produjeron las lesiones de las que se derivaron las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva, susceptibles de mermar la capacidad laboral.

En el caso de la enfermedad común o profesional, la profesión habitual será aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses

²⁹⁹ ROQUETA BUJ, R. "El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 29, pp. 112 y 113.

³⁰⁰ STS 18-1-2002 (Recurso 2479/2001).

³⁰¹ De conformidad con lo establecido en el art. 137.2LGSS en la redacción previa a la Ley 24/1997 que continúa siendo aplicable.

anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria (actual incapacidad temporal) de la que se derive la invalidez³⁰².

Pero ¿qué ocurre si la enfermedad aflora con posterioridad a la fecha en que ésta se contrajo? ¿qué ocurre con patologías de carácter insidioso latente y de larga evolución? El TS entiende que, en tales casos, la profesión es aquella que realizaba en el tiempo que se contrajo³⁰³. Se considera profesión habitual la última, la desempeñada en el momento de sobrevenir la contingencia causante pero existen carreras profesionales irregulares, y es posible que la última profesión ejercida no sea la habitual. En estos casos el TS ha considerado que la profesión habitual es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la propia situación invalidante³⁰⁴. El TS ha venido entendiendo que la referencia a la profesión habitual abarca todas las funciones propias de ésta.

Inicialmente, el Tribunal Central de Trabajo partió de una interpretación mucho más restrictiva, pues identificó la profesión habitual con el conjunto de trabajos que constituían el contenido del puesto desempeñado por el trabajador, al margen de los correspondientes a su categoría profesional³⁰⁵. Esta tesis interpretativa fue posteriormente superada por otra que pasó a identificar la profesión habitual con el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador³⁰⁶. Esta última corriente del Tribunal Central del Trabajo fue acogida por el TS³⁰⁷ por lo que a efectos de calificación de la incapacidad permanente, no sólo han de tenerse en cuenta las concretas funciones que el trabajador afectado se encontrara desempeñando antes de la actualización de la contingencia causante, sino todas las que integran objetivamente su profesión, las cuales vienen delimitadas por el

³⁰² Este es el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad determinado reglamentariamente en el artículo 11.2 Orden de 15 de abril de 1969.

³⁰³ STS 18-1-2007 (Recurso 2827/2005).

³⁰⁴ STS 7-2-2000 (Recurso 1595/2001) y 9-12-2002 (Recurso 1197/2002).

³⁰⁵ STCT 24-5-1975 (RTCT 1975/2648)

³⁰⁶ SSTCT 1-3-1977 (RTCT 1977/1210), 15-4-1977 (RTCT 1977/2080), 20-9-1982 (RTCT 1982/4832), 6-2-1986 (RTCT 1986/720).

³⁰⁷ en su STS 17-1-1989 (RJ 1989259) en la que concluye que la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica, seguida, entre otras, por la STS 15-10-2004 (Recurso 5809/2003), 29-10-2004 (Recurso 5644/2003), 19-11-2004 (Recurso 1133/2004), 26-11-2004 (Recurso 4266/2003), 27-1-2005 (Recurso 981/2004).

sistema de clasificación profesional y el alcance del *ius variandi* empresarial, de conformidad con la normativa laboral aplicable³⁰⁸.

La LGSS de 1994, se limitó a realizar una concreción meramente temporal de qué había de entenderse por profesión habitual, sin especificar cuál era el ámbito funcional que había de tenerse en cuenta para establecer la incidencia de las lesiones en la reducción de la capacidad de trabajo. No obstante lo anterior, la Ley 24/1997 dio una nueva redacción al artículo 137 LGSS y, en su virtud, a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendría en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo “en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”. Aunque la ausencia de desarrollo reglamentario impidió la entrada en vigor de esta modificación legislativa, la redacción del precepto evidenciaba la voluntad del legislador de acoger una interpretación mucho más amplia, pues desaparecía la referencia a la “profesión habitual” y se ponía en conexión la capacidad de trabajo con el grupo profesional en que quedara encuadrada la profesión que ejercía el interesado³⁰⁹.

El TS ha descartado la conexión entre profesión habitual y grupo profesional³¹⁰. En opinión de la Sala Cuarta, estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de su profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente a la suya y para que no tuviera la formación profesional necesaria³¹¹.

Esta consolidada corriente jurisprudencial que conecta la profesión habitual con las funciones que el trabajador está cualificado para realizar y a las que la empresa puede destinarle en movilidad funcional, se ha aplicado en pronunciamientos recientes, relativos al reconocimiento y calificación de la incapacidad permanente en supuestos en los que el sujeto afectado había sido destinado a una segunda actividad. A este respecto, hemos de tener en cuenta que la situación de segunda

³⁰⁸ MERCADER UGUINA, J.R. «La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y del trabajo» Ed. Lex Nova, Thomson Reuters. Madrid, 2013.p113.

³⁰⁹ LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D. Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto, El Derecho, 2011, p.177 señalan que la aplicación de este criterio hubiera provocado el reconocimiento de menos incapacidades permanentes totales.

³¹⁰ STS 28-2-2005 (Recurso 1591/2004)

³¹¹ VIROLÉS PIÑOL, R M^a, Ponencias, Med. Segur. Trab. Vol 60 supl. 1 Madrid 2014, Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465-546X2014000500028&script=sci_arttext

actividad está contemplada tanto a nivel estatal, como autonómico y local, en el ámbito de profesiones realizadas por funcionarios públicos que exigen una determinada aptitud física para el desempeño ordinario de las tareas que tienen encomendadas (como bomberos y policías)³¹².

El artículo 8 Ley 3/2012 ha modificado el artículo 22 ET y, en su virtud, el sistema de clasificación profesional deberá realizarse necesariamente por grupos, no admitiéndose las clásicas categorías profesionales; lo que favorece una mayor flexibilidad interna de las empresas e incrementa las facultades organizativas del empresario.

El 1 de enero 2013 entró en vigor la nueva redacción del artículo 141.1 LGSS³¹³ que vincula la incapacidad permanente total con las concretas funciones desempeñadas por el trabajador, al margen de las que pudiera desempeñar con base a su clasificación profesional. Conforme a la nueva regulación al ser declarado incapacidad para la “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional”, existirá compatibilidad entre el trabajo y la prestación “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. La comparación, por lo tanto, ya no se efectuará entre profesiones, sino entre funciones, por lo que si las funciones nuevas son iguales o semejantes a las que dieron lugar a la declaración de invalidez es posible sostener la incompatibilidad. Es decir, la prestación solo será compatible con el trabajo cuando las funciones ahora desempeñadas sean suficientemente distintas³¹⁴.

Algunos autores consideran que esta nueva definición, supone la recepción por parte del legislador, de la tesis restrictiva construida originariamente por el Tribunal Central de Trabajo, que entra en colisión con el criterio consolidado del Tribunal Supremo, que a efectos de determinar la existencia de una incapacidad permanente en grado de total, ponía en conexión la capacidad funcional del individuo con todas las funciones que integraban objetivamente la profesión

³¹² ÁLVAREZ MORENO, A., “ Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez” en García- Perrote, Escartín, I y Menéndez Uguina, J.R. (Dirs.) La reforma de la Seguridad Social 2011. Valladolid, Lex Nova, 2011, p.99.

³¹³ Se ha producido la modificación contenida en el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que cambia el art. 141 LGSS en orden a las «compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente», estableciendo la nueva redacción del apartado 1 del artículo 141 de la LGSS que «en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado», añadiendo «o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada». También es definido el concepto legal de grupo profesional en el art. 22 del ET que lo define como el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, que podrá incluir diversas categorías y distintas funciones. Esto requiere determinar las funciones para poder analizar si los trabajos son diferentes.

³¹⁴. MOLINER TAMBORERO, G. “Compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones con otras prestaciones o con ingresos de otra naturaleza. Un estudio de jurisprudencia. Diario La Ley, n2 7655, 2011.

habitual. Si la pensión es correspondiente resulta compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, no sólo se amplía el ámbito funcional de la regla general de compatibilidad contenida en el artículo 141.1 LGSS, sino que, al mismo tiempo, se facilita el acceso a la protección del sistema³¹⁵. Otros por el contrario, defienden que esta redacción implica una mayor dificultad para acceder a esa situación³¹⁶.

Esta nueva definición es más adecuada que la anterior porque pone en relación las secuelas o impedimentos del trabajador y el análisis de las funciones que puede seguir realizando ya sea dentro de la misma empresa o en un trabajo diferente. Desde un punto de vista estrictamente sociosanitario, dicha reincorporación a un nuevo puesto de trabajo siempre es positivo puesto que permite al trabajador continuar desempeñando una de las actividades de la vida diaria más importantes no sólo por el componente económico retributivo sino por el fomento de la actividad en todos los órdenes que produce dicha situación previniendo las consecuencias negativas de la inactividad física y mental.

La realización de un trabajo remunerado no afecta a la cuantía de la pensión que estuviera percibiendo, sin perjuicio de que sí pudiera influir en el salario que el trabajador perciba en su nuevo puesto de trabajo. El art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 permite efectuar una reducción salarial condicionada a que “la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo”. La reducción salarial podrá alcanzar hasta un máximo de un 50 por 100 del importe de la pensión, debiendo pactarse por escrito en el contrato que deberá presentarse por triplicado a la autoridad laboral para su conocimiento y aprobación³¹⁷. La realización de un trabajo remunerado será incompatible con la percepción del 20 por 100 de la pensión previsto en el art 139.2 LGSS, en relación con el art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio que establece que “el incremento quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo”.

Algunos autores critican que se permita la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y un trabajo remunerado por el que se percibe el salario habitual previsto en convenio³¹⁸. Otros plantan que cuando la cuantía de la

³¹⁵ MERCADER UGUINA J.R La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad y del trabajo, Ed. Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013. P. 121.

³¹⁶ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.. “La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: Del Estado del bienestar al Estado asistencial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, p.250.

³¹⁷ ROQUETA BUJ, R., *La incapacidad permanente*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, p. 237.

³¹⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R. Contrato de trabajo... ob. cit., p. 251.

pensión unida a la del salario sea elevada, superando los ingresos que obtenía cuando desempeñaba su anterior trabajo, exista la posibilidad de suspender total o parcialmente la percepción de la pensión por incapacidad permanente total hasta el cese en el nuevo trabajo pero adoptando las cautelas necesarias para que la suspensión no provoque el efecto de desincentivar la realización de un trabajo remunerado. Para ello, tras la suspensión parcial o total de la pensión, el trabajador debería percibir unos ingresos totales superiores a los que percibiría solamente con la pensión, y que tampoco fueran inferiores a los percibidos anteriormente en la profesión para la cual se declaró la incapacidad³¹⁹.

Consideramos que establecer este tipo de limitación supondría un desincentivo completo a rehacer una nueva carrera profesional.

3.1.5.3 Incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y trabajo

El art. 141.2 TRLGSS dispone que las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez será compatible con la realización de actividades lucrativas o no, siempre que se cumpla con la doble condición de que las mismas sean compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión³²⁰.

La posición tradicional de los Tribunales ha sido defender la compatibilidad con actividades de carácter marginal o residual³²¹. Este criterio fue modificado con la STS 30 de enero de 2008 donde se establece la plena compatibilidad con un trabajo a tiempo completo donde se refleja que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez porque así lo reconoce el art. 35 de la Constitución³²².

³¹⁹ CORDERO GORDILLO, V., "Régimen jurídico... ob. cit., p.271.

³²⁰ LÓPEZ-TARRUEL, F. Y VIEQUEIRA PÉREZ, C., El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y en el no contributivo, Madrid, Cívitas, 1991, p.42.

³²¹ En la línea del artículo 7.6 LGSS.

³²² La Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 2 de noviembre de 1992 (BOE de 24 de noviembre de 1992) establece la obligación de alta y cotización en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, de aquellos pensionistas de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez que desarrollen trabajos que den lugar a la inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

La literalidad del art- 141.2 TRLGSS apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida y la opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al incapacitado permanente total, legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido, que al declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, al que se le negaría toda actividad e ingresos extramuros de la marginalidad. Además la incompatibilidad entre la pensión y el trabajo tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez³²³.

Es importante señalar la obligación³²⁴sobre la comunicación que debe efectuar al Instituto Nacional de la Seguridad en el caso de compatibilizar la pensión con el ejercicio de alguna profesión³²⁵. Se trata de una obligación respecto a las sucesivas

³²³ Pongamos como ejemplo el caso de un trabajador de 46 años al que, tras amputación por shock séptico de partes acras en miembros inferiores y dedos de ambos pies, le fue reconocida incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual en el Régimen General como mozo de almacén con fecha 9 de mayo de 2009. El cuadro clínico residual que determinó dicha resolución de Incapacidad Permanente Total fue “pluripatología asociada a neumonía necrotizante adquirida en comunidad, patología visual, amputación parcial de dedos en pie izquierdo y amputación transmetatarsiana de pie derecho”. La actividad de mozo de almacén exigía ocho o diez horas de actividad laboral continuada, situación que venía siendo agravada por la bipedestación permanente durante ese periodo laboral y la realización de esfuerzos físicos continuados y/o deambulación permanente y carga de pesos. El 25 de enero de 2010 le fue propuesto por su empresa nuevo contrato con requerimientos distintos en cuanto a sus funciones sustituyendo la categoría profesional de “mozo de almacén” por “comercial oficial de primera” y una reducción de su jornada laboral (de 9.00 a 14.00h). El trabajador es dado de alta en el régimen general de la seguridad social en dicha fecha. Los requerimientos de la nueva actividad laboral consistían en atender al cliente, visitar clientes y, en todo caso llevar o recoger coches. De acuerdo con el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, los pensionistas de IPT para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la entidad gestora competente. Por tal motivo y, dirigido a la Dirección Provincial de Madrid, del INSS, fue remitido informe de acuerdo al art. 24 de la Orden de 15 de abril de 1969 ya que: “la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual, prevista en el número 2 del artículo 15 será compatible con la percepción de un salario en la misma empresa o en otra distinta”. Dicha situación debe ser comunicada y en el texto de dicho informe recoger cuáles son las nuevas actividades profesionales a desarrollar por el trabajador distintas de las por las que le ha sido reconocida la incapacidad total para su puesto de trabajo. En este caso la diferencia fundamental en la actividad laboral es el cambio en el puesto de trabajo y, por tanto sus requerimientos laborales. Se pasa de una situación de mozo de almacén con importante actividad física, a otra de comercial oficial de primera, donde la actividad fundamental es la atención al cliente y las visitas a los mismos. Trabajo más sedentario e intelectual.

³²⁴ Que establece el artículo 2º del Real Decreto 1071/84 de 23 de mayo (BOE 7 de junio)

³²⁵ STS de 30 de enero de 2008 estima compatible la percepción de una pensión por gran invalidez por enfermedad común (paraplejía por luxación y fracturas de vértebras D9 y D10) de un trabajador cuya profesión habitual era la de ayudante cocinero, y que posteriormente desarrolla un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo con la categoría de oficial 2ª especialista con las funciones de realización de dibujos de planos en ordenador. Considera esta sentencia que la interpretación restrictiva no ha sido siempre acogida por la jurisprudencia y existen sentencias que

actividades que pueda realizar y su incumplimiento supondría la aplicación del procedimiento sancionador que se establece en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social de fecha 4 de agosto de 2000. Al escrito de comunicación de actividad se acompañará en todos los casos copia del contrato de trabajo y certificado de empresa con descripción del trabajo que desempeñe.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene la facultad de promover un procedimiento de revisión de oficio del estado invalidante profesional³²⁶.

La doctrina de unificación subraya que “la única incompatibilidad que formula el art. 141.2 LGSS para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean “incompatibles” en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado, el desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error diagnóstico”³²⁷. Ahora bien, no procede la revisión de gran invalidez por la realización de trabajos por cuenta ajena si no concurre la mejoría del estado invalidante del pensionista³²⁸.

Una interpretación restrictiva produciría disfunciones ya que una persona con incapacidad absoluta perdería su pensión por un trabajo concurrente, algo que no ocurriría respecto a una persona con situación de incapacidad total. También produciría la desincentivación de la reinserción de las personas con incapacidad absoluta, lo que no ocurriría si en el caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo una incapacidad total. En aras de favorecer la reinserción social y laboral de los inválidos absolutos y los grandes inválidos y atendiendo a la pluralidad de actividades laborales que les ofrecen las nuevas tecnologías, consideran compatible con la pensión de incapacidad absoluta o gran invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral³²⁹.

siguen una interpretación más flexible; la literalidad del art. 141.2 LGSS no establece ningún límite a la simultaneidad entre trabajo y pensión, lo cual además resulta exigible de conformidad con el art. 35CE. Una interpretación contraria haría de mejor condición al trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total que al declarado en situación de incapacidad permanente absoluta; la incompatibilidad trabajo-pensión tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez por lo que el criterio favorable a la compatibilidad supone un acicate para la reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida;

³²⁶ Artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social

³²⁷ STS de 1 de diciembre de 2009 (Recud. Núm. 1674/2008). En el mismo sentido, las SSTs de 14 de julio de 2010 (Recud. Núm. 1674/2009) y 19 de marzo de 2013 (Recud. Núm. 2022/2012).

³²⁸ STS de 29 de abril (Recud. Núm. 2512/2008)

³²⁹ STS 30 enero de 2008 (Recud. Núm. 480/2007) y 14 de octubre de 2009 (Recud. Núm. 3429/2008).

Esta doctrina es muy positiva ya que teniendo en cuenta las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, o las alternativas para la adaptación de un puesto de trabajo es viable que personas con una gran limitación funcional puedan realizar una actividad laboral.

La Ley 27/2011 ha incorporado un nuevo apartado al artículo 141 LGSS donde se establece una prohibición expresa, de tal manera que el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismo términos y condiciones que los regulados para pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de la citada Ley ³³⁰.

De esta forma la norma confiere un mismo tratamiento a los beneficiarios de la pensión de jubilación que a los beneficiarios de una incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez, a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. El fundamento de esta medida se encuentra en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con la realización de un trabajo. En la STS 20-01-2008, se plantea cómo armonizar el artículo 137.5 LGSS (incapacidad permanente absoluta como la que inhabilita para toda profesión y oficio y el artículo 141.2 de la misma (incapacidad permanente absoluta no impedirá el ejercicio de aquellas actividades compatibles con el estado del inválido que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión), opta por dar mayor eficacia a este último, admitiendo la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta con la realización de un trabajo a jornada completa. Asumiendo esta jurisprudencia y, por tanto, la posible compatibilidad entre las situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el desempeño de un trabajo, la norma lo que hace es someter el desempeño de ese trabajo, una vez alcanzada la edad de jubilación³³¹.

Si bien, antes de la reforma operada por la Ley 27/2011, la edad ordinaria de jubilación se situaba, con carácter general, en los 65 años, a raíz de esta modificación legislativa ya no se parte de una edad de jubilación fija. La edad de

³³⁰ Con anterioridad a esta modificación, los pensionistas de invalidez podían compatibilizar la pensión con el trabajo incluso más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, lo que provocaba una diferencia de trato. LÓPEZ GANDÍA, J Y TOSCANI GIMÉNEZ, D. Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto. El Derecho, 2011, p.187.

³³¹ DEL VALLE DE LA HOZ, J.I. “novedades normativas en relación con los trabajadores autónomos en GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN I. Y MERCADER UGUINA J.R. (Dirs.) Las reformas laborales y de seguridad social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero. Lex Nova, Thomson Reuters. Madrid 2014, p. 343, 344.

jubilación es variable en función de la carrera de seguro del beneficiario. Es necesario acreditar haber cumplido 67 años de edad, o 65 cuando acredite una carrera completa de seguro, que se concreta en 38 años y medio cotizados. Esto implica una variedad de edades de jubilación que oscilará entre 65 y 67 años dependiendo del momento en el que se alcance la carrera completa de jubilación.

Parece que este sistema penaliza a aquellos pensionistas por incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez que hayan contribuido más al sostenimiento de sistema puesto que un beneficiario que acredite una carrera de cotización inferior a 38 años y medio podrá compatibilizar pensión y trabajo durante dos años más que el beneficiario que hay contribuido ese tiempo antes de los 65 años.

3.1.5.4 Pensión de invalidez y trabajo

La Ley 13/1996 añade un nuevo apartado aclarando que los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que fueran contratados por cuenta ajena o que se establecieran por cuenta propia, recuperarían automáticamente el derecho a la pensión cuando cesaran en su actividad. Este artículo reconocía de forma indirecta que el ejercicio de una actividad profesional, suponía en la práctica, la suspensión de la prestación, siempre y cuando los ingresos percibidos superaran el umbral de pobreza fijado por el legislador.

El artículo 147 LGSS, relativo a la incompatibilidad de las pensiones, no impedía el ejercicio de actividades profesionales compatibles con el estado del inválido, que no representaran un cambio en su capacidad de trabajo, pero se entendía que el desempeño de un trabajo por cuenta propia o ajena, por el que se obtuvieran unos ingresos, en cómputo anual, superiores al importe de la pensión, computada también anualmente, generaba la reducción o incluso, la suspensión de la prestación.

La reforma introducida por la Ley 8/2005, persiguió favorecer la compatibilidad entre la pensión con el ejercicio de una actividad lucrativa. Durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 del exceso

sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda suponer 1,5 veces el indicador pública de renta de efectos múltiples (IPREM)³³².

La compatibilidad se encuentra sujeta a un límite temporal de cuatro años. Tras ese tiempo si la persona supera el límite de acumulación de recursos se procederá a la suspensión de la pensión. En el caso contrario, si no supera el límite, no se procederá a la reducción de la cuantía de la pensión cuando las rentas o ingresos anuales del beneficiario no excedan del 35 por 100 del importe, en cómputo anual de la pensión no contributiva. Si superan dicho porcentaje, se deducirá el exceso del importe de la pensión³³³.

En definitiva, la realización de una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena da lugar a la suspensión de la pensión pero no a su pérdida. Poder recuperarla si la experiencia laboral fracasa es una garantía que favorece la integración laboral. También se permite, respetando ciertos límites, compatibilizar la percepción de la pensión con una retribución, lo que supone un incentivo para su actividad laboral, teniendo en cuenta la reducida cuantía de la pensión³³⁴.

3.2 Prestaciones ajenas al sistema de Seguridad Social

El concepto de asistencia social ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con los criterios del artículo 13 de la Carta Social Europea como una técnica de protección social fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella³³⁵. El art. 148.1 CE prevé que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en diversas materias, entre ellas la asistencia social.

La acción protectora de los servicios sociales lo constituyen prestaciones, no tanto de contenido económico, sino de tipo técnico. Son actuaciones de diversos profesionales que se dirigen a completar las prestaciones básicas de la Seguridad Social. Su objetivo es lograr un mayor bienestar para el individuo y su plena integración social.

Como ya indicamos, si bien las pensiones son en muchas ocasiones el único medio de subsistencia de personas con discapacidad, es cierto que constituyen un

³³² Esta reducción no afectará al complemento previsto en el apartado 6 del art. 145 de esta Ley. MERCADER UGINA, J.R. (Dir.) La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad y del trabajo. Ed. Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid 2013, p. 130.

³³³ Disposición final 7.3ª de la Ley 27/2011 que da una nueva redacción al art. 145.2 LGSS.

³³⁴ La Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 fija en 5.136,60€ íntegros anuales la cuantía de la PNC.

³³⁵ STC 146/1986, de 25 de noviembre.

mecanismo disuasorio para la integración laboral que se explica por el temor a la pérdida de la pensión si se acepta un empleo, y por los salarios bajos y poco atractivos que llevan a rechazar ofertas de empleo³³⁶. En los últimos años se observa la voluntad de los Estados de reducir el número de pensionistas de incapacidad mediante una restricción de acceso a las pensiones y la puesta en práctica de dispositivos que incentiven la formación y el empleo de las personas con discapacidad, si bien España es una excepción a dicha tendencia³³⁷ ya que las pensiones constituyen el sistema de inserción socioeconómica de las personas con discapacidad más importante³³⁸. Ya indicamos anteriormente que uno de los principales problemas es la elevada tasa de inactividad existente en el colectivo de personas con discapacidad. Incrementar los niveles de empleo sería beneficioso para el sistema de protección social, ya que se abonarían menos pensiones y se contribuiría al sostenimiento del sistema.

3.2.1 Protección normativa y política de las personas con discapacidad

Muchas personas en edad de trabajar tienen algún tipo de discapacidad pero potencial suficiente para incorporarse a la vida laboral, bien como empleados, como trabajadores independientes o como empresarios. Sin embargo, numerosos obstáculos han impedido históricamente e impiden en la actualidad que estas personas trabajen, puedan ganarse la vida y obtengan, en definitiva, la realización personal que para todo ser humano supone un desarrollo profesional³³⁹.

En este sentido ponemos a continuación de manifiesto la labor realizada por algunos organismos internacionales.

³³⁶ VERDUGO, M.A., JORDÁN DE URRÍES, F. B., SÁNCHEZ, M.C y BENITO, M.C., Influencia de la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de personas con discapacidad, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119777.pdf>. p. 16 y 17. Este problema fue recogido en la directriz 19 de la Estrategia Europea de Empleo 2008-2010 que establecía que debían revisarse los incentivos y medidas disuasorias derivados de los regímenes de prestaciones, para hacer que el trabajo fuera más atractivo y evitar caer en la “trampa de las prestaciones”.

³³⁷ COHU, S., LEQUET-SLAMA, D., et VELCHE, D., “Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens. Grandes tendances”, *Revue française des affaires sociales*, n° 2, 2005, p. 19, 20.

³³⁸ COLECTIVO IOÉ, *La inserción laboral de las personas con discapacidades*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2003, p. 91.

³³⁹ TRINIDAD NÚÑEZ, P. La protección de las personas con discapacidad en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en FERNANDEZ LIESA, C. R., *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, Coedición Universidad Carlos III -BOE, 2007, p.147.

3.2.1.1 Organización de Naciones Unidas

La preocupación de Naciones Unidas por las personas con discapacidad tiene su origen ya en 1950, fecha en la que aprueba la resolución sobre “Rehabilitación social de los disminuidos físicos” con el fin de llamar a los Estados a organizar acciones dirigidas a facilitar la integración social de las personas que sufren deficiencias anatómicas o funcionales. En los años 70 aprueba la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental³⁴⁰ y la de los “Derechos de los Impedidos³⁴¹”. Hasta ese momento tiene una orientación asistencial que apunta en su contenido a criterios del modelo de socialización.

El cambio de modelo podríamos situarlo en la resolución 31/123 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1976 que proclama el año 1981 el “Año Internacional de las Personas Discapacitadas” donde los derechos humanos sustituyen al asistencialismo. Este cambio se ha concretado en la adopción de un variado conjunto de declaraciones³⁴² y, en la aplicación a las personas con discapacidad, de instrumentos aprobados por Naciones Unidas en materia de derechos humanos³⁴³.

En diciembre 2001 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba una resolución donde se decide establecer un comité especial abierto a la participación de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examine propuestas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social³⁴⁴

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la

³⁴⁰ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971

³⁴¹ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

³⁴² Entre ellos se encuentran el Programa de acción mundial de los impedidos (Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982), Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993)- en el apartado dedicado al empleo, establece los tres grandes ejes sobre los que girar las políticas, a saber: la subsidiariedad del empleo protegido respecto del ordinario, la pluralidad de medidas a través de las que los Estados pueden apoyar de manera activa la integración en el mercado abierto, y el deber de los Estados de estimular a los empleadores a que lleven a cabo “ajustes razonables”. La Comisión de Derechos Humanos aprueba desde 1994, con carácter anual una resolución sobre discapacidad.

³⁴³ VALDÉS DAL-RÉ F., “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos” en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), LAHERA FORTEZA (Coord.) *Relaciones laborales....*, op.. cit. p. 374.

³⁴⁴ Resolución 56/168 de 19 diciembre de 2001

Asamblea General de las Naciones Unidas³⁴⁵. Ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos ³⁴⁶. En su artículo 27 referido al «Trabajo y empleo» reconoce expresamente el derecho de las personas con discapacidad, por los Estados que ratifiquen la Convención, a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, y la obligación de los Estados de velar por la protección de dicho derecho³⁴⁷. Incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
- b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y la reparación por agravios sufridos;
- c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones con las demás;
- a) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional continua;
- b) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno del mismo;

³⁴⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad DO 2010, L3, p.35.

³⁴⁶ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96 de 21 de abril de 2008.

³⁴⁷ En los apartados f, g, h, i, j, k, aborda las medidas que pueden y deben adoptar los Estados para garantizar dicho derecho, en la letra h) expresa el deber de los Estados, incluso con adopción de normativa al respecto con el fin de promover el empleo de discapacidad en el sector público mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción formativa, incentivos y otras medidas.

- c) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
- d) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
- e) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
- f) Velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- g) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
- h) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

Esta Convención supone la consagración del cambio del paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad y supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos³⁴⁸. Este cambio ha sido integrado en nuestro ordenamiento jurídico y así se recoge en el mismo Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ahonda en el modelo social de discapacidad y da un impulso reformador para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogándose las pertinentes adaptaciones en su articulado³⁴⁹.

³⁴⁸ El texto fue ratificado por España mediante la presentación del correspondiente Instrumento de ratificación en la ONU el 4 de diciembre de 2007. Publicado en el BOE del 21 de abril de 2008 y en vigor desde el 3 de mayo de ese mismo año.

³⁴⁹ La Ley 21/2003 modifica distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; incorpora un nuevo supuesto de sanción accesorio en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, modifica diversas leyes en las que se incluye la discapacidad como nueva causa de no discriminación, regula el derecho a la información en formatos accesibles, modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio sobre propiedad horizontal, aumenta el cupo de reserva de vacantes para personas con discapacidad en materia de empleo público e incentiva la promoción de una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario entre otras cuestiones. Los fundamentos de Derecho para el desarrollo y perfeccionamiento de las políticas sociales y laborales a nivel europeo, estatal, autonómico y local han sido tratadas en GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

3.2.1.2 Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo³⁵⁰ ha luchado desde sus orígenes, contra toda discriminación, en el ámbito laboral, de las personas con discapacidad. Toda política de integración social tiene en el trabajo un elemento clave y la OIT es quien ha desarrollado una labor más continua y comprometida³⁵¹. Y lo ha hecho desde distintas vertientes todas ellas complementarias: promoviendo el acceso a la educación y la formación profesional de las personas con discapacidad, instando a la eliminación de barreras, impulsado políticas de incorporación al empleo, promoviendo el trabajo digno para los hombres y mujeres con discapacidad, concienciando a las sociedades de la importancia de la integración de las personas discapacitadas y, sobre todo, instando a que las legislaciones de los Estados garanticen la plena igualdad de oportunidades, de acceso al trabajo y unas condiciones laborales que permitan desarrollar su trabajo con dignidad³⁵².

Los principales instrumentos internacionales que contribuyen a mejorar las condiciones de vida relativos al derecho de las personas con discapacidad a tener un trabajo digno y a la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad son: el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983, y su Recomendación número 168³⁵³.

Corresponde ahora hacer una selección de aquellos Convenios y Recomendaciones de la OIT que tienen incidencia en materia discapacidad, a partir de los valores y el propósito común que comparten. Los primeros, como instrumentos internacionales abiertos a la ratificación de los Estados miembros que, una vez ratificados, originan obligaciones jurídicas comprometiendo a los Estados a armonizar su legislación sustantiva y procesal de conformidad con las disposiciones del convenio, del mismo modo que se acepta la sumisión a una supervisión internacional. Y las Recomendaciones que, ajenas al trámite de ratificación de los Estados miembros, y con una rebaja en el grado de coercibilidad,

³⁵⁰ Organización internacional fundada en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial por países que se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos. Disponible en línea <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

³⁵¹ DE LORENZO GARCÍA, R., “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 5, 2001, p.90.

³⁵² Todos los instrumentos jurídicos se pueden encontrar en ABAD CASTELOS, M., REY ANEROS, A., *Código de Derecho Internacional Público en Materia de Discapacidad*, pp. 223-405. Toda la actividad normativa de la OIT se encuentra disponible en línea <http://www.ilo.org>.

³⁵³ TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La protección de las personas con discapacidad en el seno del la OIT” en FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (Coord.) *La protección internacional de las personas con discapacidad*. Monografías 53, Madrid, Coedición Universidad Carlos III- BOE, 2007, p. 157.

disponen pautas y directrices técnicas para encauzar la actuación de los distintos Estados de cara a la consecución de los objetivos que persiguen³⁵⁴.

El primer instrumento jurídico internacional que contiene disposiciones relativas a la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidades fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1925, poco tiempo después de la creación de la OIT³⁵⁵. La Recomendación número 22 sobre la indemnización por accidentes de trabajo, establece principios a tener en cuenta en la determinación del pago compensatorio por accidentes industriales. Recomienda que la re-educación profesional de los trabajadores accidentados debe ser provista por los medios que las leyes o regulaciones nacionales establezcan como más adecuados e insta a los Gobiernos de los Estados a promover instituciones que puedan ofrecer esta re-educación.

El interés en la rehabilitación profesional y las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad resurgió durante la Segunda Guerra Mundial, fundamentalmente por el número de personas que habían sufrido algún tipo de invalidez y la necesidad de encontrar trabajadores para ocupar los trabajos que habían quedado vacantes como consecuencia de la movilización de trabajadores producida por la guerra. En mayo de 1944 la OIT adopta la Recomendación número 7 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) donde establece de forma expresa que «todos los trabajadores inválidos, cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil»³⁵⁶. Esta Recomendación se refiere ya a conceptos que luego adquirirán gran desarrollo tales como integración, igualdad de oportunidades y discriminación positiva³⁵⁷.

³⁵⁴ GARCIA QUIÑONES, J. C. “Concepto jurídico laboral de discapacitado”, en VALDES DAL-RÉ (Dir.), LAHERA FORTEZA (Coord.). *Relaciones laborales...*, op. cit. p.36.

³⁵⁵ La OIT fue creada en 1919. Se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios y de recomendaciones por las que se fijan una condiciones mínimas de derechos laborales fundamentales. Presta asistencia técnica en diversos campos y fomenta el desarrollo de organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores.

³⁵⁶ Recomendación número 7, sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) de 12 de mayo de 1944. ³⁵⁶ Dedicó un capítulo al empleo de trabajadores inválidos e indica que «deberían adoptarse medidas especiales para garantizar a los trabajadores inválidos igual número de oportunidades para ingresar en un empleo que aquellas de que gocen otros trabajadores. Se debería inducir a los empleadores por medio de una amplia publicidad y por otros medios, e incluso obligarlos, cuando ello fuere necesario, a emplear un número razonable de trabajadores inválidos».

³⁵⁷ TRINIDAD NUÑEZ, P., “La protección de las personas con discapacidad...”, op. cit., p.151.

Esta preocupación por los trabajadores con discapacidades se mantiene y, en 1946, se adoptan otros Convenios que hacen un llamamiento para la adopción de medidas apropiadas por la autoridad competente para la orientación profesional y la readaptación profesional de las personas jóvenes con discapacidades ³⁵⁸. También se insta a los Estados para que adopten medidas especiales para satisfacer las necesidades de los trabajadores con discapacidades y recomiendan la realización de estudios especiales en cuestiones como la colocación de trabajadores con discapacidad³⁵⁹.

En 1955 se adopta la Recomendación 99 sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos que ha servido de base para las legislaciones nacionales relativas a la orientación profesional, la formación profesional y la colocación de personas discapacitadas³⁶⁰. En esta Recomendación se identifican métodos para ampliar las oportunidades de trabajadores con discapacidades, en cooperación cercana con las asociaciones patronales y de trabajadores, que incluye cuotas, ocupaciones reservadas, creación de cooperativas, o talleres protegidos.

Tres años más tarde se aprueba el Convenio número 111 y la Recomendación 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958. En ellos prohíbe toda discriminación en el empleo que tenga su origen en la discapacidad, ya proceda de una norma jurídica o de prácticas particulares que afecten tanto a las oportunidades para obtener un empleo como a las propias oportunidades de trabajo. Este Convenio será una importante referencia y antecedente sobre las normas que después se elaborarán en el seno de la Unión Europea³⁶¹. En 1968³⁶², en la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo relativa a los trabajadores discapacitados se insta al Director General a impulsar estudios apropiados para posibilitar que la Conferencia considere la revisión de la Recomendación núm. 99 de 1955 o adopte nuevos instrumentos internacionales. Como consecuencia, se adopta en 1983 la Recomendación núm.

³⁵⁸ Así los Convenios número 77, sobre el examen médico de los menores en el ámbito de la industria de 1946; Convenio núm. 78, sobre el examen médico de los menores en trabajos no industriales, de 1946; Convenio núm. 79, sobre el trabajo nocturno de los menores, de 1946.

³⁵⁹ Convenio núm. 88 y Recomendación núm., 83 sobre el servicio de empleo, de 1948. Contempla realizar un registro de las personas que soliciten empleo y adoptar medidas necesarias para satisfacer adecuadamente las necesidades de categorías especiales de solicitantes como los inválidos.

³⁶⁰ TRINIDAD NUÑEZ, P. La protección de las personas con discapacidad..., op. cit. p. 152.

³⁶¹ DE LORENZO, R. La protección jurídica de personas con discapacidad..., op. cit. p. 90.

³⁶² Otras Recomendaciones que se adoptaron fueron: Recomendación sobre las técnicas de los Estados Miembros en la readaptación y formación de las personas discapacitadas para nuevas formas de empleo de 1965; Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 29 de junio de 1968.

168³⁶³ y en 1986 el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas³⁶⁴.

El Convenio nº 159 de la Organización Internacional del Trabajo de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas *inválidas*³⁶⁵, tiene como objetivo facilitar el acceso y la permanencia de personas *inválidas* en el mercado de trabajo, en el marco de una política de igualdad de oportunidades para todos los trabajadores teniendo en cuenta que las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.³⁶⁶

La Recomendación nº168 de 1990 completa el Convenio anterior y con el fin de promover las oportunidades de empleo de personas inválidas propugna la adopción de medidas que se ajusten a las normas de empleo y salarios aplicables a los trabajadores en general, y que debería incluir³⁶⁷:

- a) Medidas apropiadas para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo;
- b) Ayuda gubernamental adecuada para establecer diversos tipos de empleo protegido, para las personas inválidas que no tengan acceso a los empleos no protegidos;

³⁶³ Instrumento ratificado por España el 2 de agosto de 1990.

³⁶⁴ Destacamos también los siguientes instrumentos: Convenio 168 de 21 de junio de 1988 sobre el fomento de empleo y la protección contra el desempleo. Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar del trabajo, de 2001 adoptadas por la Reunión tripartita de expertos sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo en Ginebra, en octubre 2001. Disponible en línea <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb282/pdf/tmemdw-2.pdf>

³⁶⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ifp_skills/documents/publication/wcms_106328.pdf. En el artículo 1.1 define persona inválida como *aquella cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*.

³⁶⁶ Artículo 4 Convenio nº159 OIT, 1983.

³⁶⁷ A estas medidas habría que añadir las medidas para aumentar las oportunidades de empleo de los inválidos (art. 28-31) de la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955.

- c) Fomento de la cooperación entre talleres protegidos y talleres de producción en materia de organización y de gestión, a fin de mejorar la situación de empleo de sus trabajadores inválidos y, siempre que sea posible, ayudarlos a prepararse para el trabajo en condiciones normales;
- d) Ayuda gubernamental adecuada a la formación profesional, la orientación profesional, el empleo protegido y los servicios de colocación administrados por organismos no gubernamentales;
- e) Fomento del establecimiento y desarrollo de cooperativas por personas inválidas y para ellas, las cuales, cuando sea apropiado, estarían abiertas a los trabajadores en general;
- f) Ayuda gubernamental apropiada con objeto de promover la creación y el desarrollo por personas inválidas y para ellas de pequeñas empresas y talleres de producción o cooperativos o de otro tipo(eventualmente abiertos a los demás trabajadores en general), siempre que tales empresas y talleres se ajusten a normas mínimas preestablecidas.
- g) Eliminación gradual, en caso necesario por etapas, de las barreras y obstáculos de orden físico o arquitectónico, o relativos a la comunicación que afectan al transporte, al acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas inválidas; en los nuevos edificios e instalaciones públicas se deberían aplicar formas adecuadas;
- h) Fomento, siempre que sea posible y apropiado, de medios de transporte adecuados con destino y a partir del lugar de la readaptación y del lugar del trabajo, de conformidad con las necesidades de las personas inválidas;
- i) Fomento de la difusión de información sobre ejemplos de casos efectivos de integración con éxito de personas inválidas en el empleo;
- j) Exención de la percepción de impuestos internos o de otras cargas internas de cualquier índole, en el momento de efectuar la importación o ulteriormente, sobre los artículos, materiales y equipos de formación determinados que requieran los centros de readaptación, los talleres, los empleadores y las personas inválidas, y sobre los aparatos auxiliares e instrumentos determinados que necesiten las personas inválidas para obtener y conservar el empleo;

- k) El establecimiento de empleos a tiempo parcial, incluidas otras disposiciones de trabajo, de acuerdo con la capacidad de cada persona inválida que no pueda por el momento, o tal vez nunca, ocupar un empleo a tiempo completo;
- l) Estudios e investigaciones de la posible aplicación de sus resultados respecto de diversos tipos de deficiencias a fin de fomentar la participación de personas inválidas en la vida de trabajo normal;
- m) Ayuda gubernamental apropiada con miras a eliminar las posibilidades de explotación que puedan surgir en el marco de la formación profesional y en los empleos protegidos y para facilitar la transición al mercado regular del empleo³⁶⁸.

Hasta el momento no hay más normas específicas dirigidas a la protección de personas con discapacidad si bien el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo de 1988³⁶⁹, sí contiene referencias en sus disposiciones a los trabajadores con discapacidad. Años más tarde se ha publicado un Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar del trabajo basado en la convicción de que la contratación de personas con discapacidad revierte en beneficio de los empleadores y en las ventajas de mantener el empleo a trabajadores experimentados que se han convertido en discapacitados³⁷⁰.

La Organización ha desarrollado un programa de discapacidad con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades y trato para las personas con discapacidad en readaptación profesional, capacitación y empleo. Busca aumentar el conocimiento sobre la formación y el empleo de las personas con discapacidad³⁷¹.

³⁶⁸ Además en su capítulo VIII relativo a la readaptación profesional como parte de los regímenes de seguridad social establece que los miembros deberían inspirarse en las disposiciones del artículo 35 del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952; el artículo 26 del Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964, y del artículo 13 del Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, en la medida en que no estén ya obligados a ello por la ratificación de estos instrumentos. Asimismo, siempre que sea posible y apropiado, los regímenes de seguridad social deberían asegurar programas de formación, colocación y empleo (incluido el empleo protegido) y de servicios de readaptación profesional para personas inválidas, con inclusión de servicios de asesoramiento en materias de readaptación, o contribuir a su organización, desarrollo y financiación. Los programas deberían prever incentivos para las personas inválidas que busquen un empleo, y medidas que faciliten la transición gradual al mercado regular del empleo.

³⁶⁹ Convenio 168 de 21 de junio de 1988.

³⁷⁰ Gestión de discapacidades en el lugar de trabajo. Disponible en línea:
http://www.ilo.org/skills/pubs/WCMS_112521/lang-es/index.htm

³⁷¹ La OIT promueve la igualdad de oportunidades en formación y empleo para personas con discapacidad a través de: 1) investigación y desarrollo de conocimientos, tales como la identificación de ejemplos de buenas prácticas; 2) capacitación como respuesta a solicitudes

También ha elaborado una estrategia y plan de acción para dirigir sus esfuerzos a convertirla en una organización que incluye realmente a las personas con discapacidad³⁷².

La OIT ha desarrollado una labor intensa para lograr la incorporación al mercado de trabajo de personas con discapacidad y ha desempeñado una función pionera en la elaboración de conceptos fundamentales que si bien han tenido su repercusión legislativa, aún tienen ciertas carencias en la práctica real y efectiva por parte de los Estados de las obligaciones asumidas.

3.2.1.3 Unión Europea

El Derecho de la Unión Europea³⁷³ ha evolucionado conforme a los diferentes modelos expuestos desde un paternalismo social cuya consecuencia directa era la exclusión y la segregación de personas con discapacidad, hasta un modelo inspirado en la igualdad de oportunidades desde la perspectiva basada en el reconocimiento de derechos³⁷⁴.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, en su artículo 13 daba un paso a favor de la igualdad de derechos

específicas y a través de cursos, incluyendo los ofrecidos en el Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín, Italia; y 3) servicios de cooperación técnica a través de proyectos y apoyo empresarial. Discapacidad y trabajo. Disponible en línea: http://www.ilo.org/asia/whatwedo/projects/WCMS_114085/lang-es/index.htm

³⁷² La estrategia y el plan abarcan todos los ámbitos de trabajo de la OIT, incluidas sus prácticas internas. Se aplican a los bienios 2014-2015 y 2016-2017 y su objetivo es lograr seis resultados distintos, interrelacionados y complementarios respaldados por medidas eficaces de comunicación interna y externa que son: una mayor promoción de las normas internacionales relativas a las personas con discapacidad, incorporar la perspectiva de la discapacidad en todos los programas e informes, prestar mayor atención a las personas con discapacidad en el trabajo con los directivos y en el área de cooperación técnica de la OIT, promocionar prácticas internas incluyentes, una base de conocimientos más sólida y cooperación estratégica reformada con el sistema de Naciones Unidas. Disponible en línea http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2015/115B09_60_span.pdf

³⁷³ Estudio jurídico del Derecho europeo y su transposición en la normativa española relativa a la integración laboral de personas con discapacidad y en relación a la normativa que establece el cese de la actividad laboral en personas con discapacidad sobrevenida.

³⁷⁴ QUINN y DEGENER, Human Rights and... op. cit, p. 290. En este sentido GARRIDO PÉREZ, E. "Tratamiento comunitario de la discapacidad", *Temas Laborales*, núm. 59 p. 165-179 Este autor diferencia las siguientes etapas: a) Primer programa de acción a favor de los minusválidos, con una vigencia que se prolonga en la segunda década de los setenta, b) la consolidación en los años ochenta de un planteamiento de igualdad de oportunidades, c) El lanzamiento de una nueva estrategia comunitaria sobre discapacidad en los años noventa; d) La discapacidad en el marco de las orientaciones comunitarias sobre el empleo y la integración social contenidas en el Tratado de Ámsterdam y el Consejo Europeo de Lisboa; y e) La discapacidad desde la Directiva Marco sobre igualdad de trato.

de las personas con discapacidad: *“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”*

La primera referencia específica de las instituciones europeas hacia las personas con discapacidad es la resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, donde el Consejo instó a «iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional social de los minusválidos»³⁷⁵. Así en 1974 se crea el primer programa de acción comunitaria para la readaptación de los minusválidos³⁷⁶, con el fin de «ayudarles a que puedan llevar una vida normal independiente y plenamente integrada en la sociedad». En ese momento se considera que la mejor manera de combatir los problemas derivados de la discapacidad es previniendo que no llegue a producirse, y cuando ya no es posible prevenirla, mediante una rehabilitación que permita asemejar las personas con discapacidad a las personas que integran la sociedad³⁷⁷. El programa incluye medidas para la orientación, formación, colocación y asistencia en el ámbito laboral.

Durante los siguientes años las actuaciones de la Comunidad se limitaron a cuestiones técnicas como el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural³⁷⁸ que incluía un protocolo³⁷⁹ dirigido a la “importación con franquicia de los derechos del arancel aduanero de objetos destinados a los ciegos y a las demás personas minusválidas”.

A partir de 1981 se inicia un cambio de planteamiento. Con motivo de la proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del Año Internacional de las Personas con Discapacidad, el Parlamento Europeo aprobó

³⁷⁵ DO núm. C013, de 12 de febrero de 1974, pp.1-4.

³⁷⁶ DO núm. C080, de 9 de julio de 1974, pp. 30-32.

³⁷⁷ BIEL PORTERO, I., REY ANEIRO, A., “La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes. ¿Una etapa superada?” en FERNANDEZ LIESA, *La protección internacional de las personas con discapacidad...*, op. cit. p.193.

³⁷⁸ Firma con base en la Decisión del Consejo 79/505/CEE de 1979.

³⁷⁹ Protocolo de Nairobi de la UNESCO, de 26 de noviembre de 1976. En el Anexo II de la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos se enumera todo el conjunto de acciones que las instituciones llevaron acabo hasta la fecha. DO núm. C 347, de 31 de diciembre de 1981 pp. 14-31.

una Resolución³⁸⁰ sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad. En ella, el Parlamento solicita a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros la adopción de un conjunto de medidas dirigidas a lograr una mayor integración de las personas con discapacidad en Europa con el fin de incrementar la cooperación en el campo social. Incluso instaba a la Comisión a presentar propuestas sobre una Directiva que estableciera modelos y criterios de derechos y obligaciones en los Estados miembros. En noviembre de ese mismo año la Comisión presentó al Consejo una Comunicación sobre las líneas directrices de la acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos³⁸¹. En ella se señala la inserción social de las personas con discapacidad como uno de los objetivos a seguir por los Estados miembros, para el que deberán desarrollar una serie de medidas conforme a las directrices que la Comunicación establece. Para ello destaca la importancia de la ayuda financiera del Fondo Social Europeo, o la importancia de la coordinación y las estructuras de cooperación.

En diciembre de ese mismo año el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo adoptan una Resolución en la que se incluyen un conjunto de medidas concretas relativas a la coordinar servicios dirigidos a las personas con discapacidad, garantizar una vida independiente o la adopción de medidas sobre movilidad y vivienda, con el objetivo final de proseguir, y si es posible, intensificar, las acciones de los Estados para promover la integración económica y social de los minusválidos³⁸²

La discapacidad se ha enmarcado sobre la base de la política social al no tener atribuidas competencias específicas en materia de discapacidad³⁸³.

Es en 1986, con la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad, cuando se produce un impulso definitivo³⁸⁴. Si bien las expectativas que se habían generado sobre la posibilidad de adoptar una directiva relativa a los derechos y obligaciones de las personas con

³⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad, en particular referencia al Año Internacional del Minusválido 1981 (DO núm.77, de 6 de abril de 1981, p.27.

³⁸¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos (DO núm. C 347, de 31 de diciembre de 1981), p.14.

³⁸² Resolución del Consejo y de los Representantes de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los minusválidos (DO núm. 347, de 31 de diciembre de 1981, p. 1).

³⁸³ Artículos 117 a 225 del antiguo TEC

³⁸⁴ Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO núm. L225,379, de 12 de agosto de 1986), pp.43 a 47.

discapacidad se vieron frustradas con la aprobación de un instrumento jurídicamente no vinculante que únicamente se refería al empleo³⁸⁵, por primera vez se da prioridad a la igualdad de oportunidades en materia de formación y empleo para los minusválidos. El Consejo invita a los Estados miembros a la adopción de «todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de los minusválidos en materia de empleo y de formación profesional». Esto amplía las garantías a la formación inicial, el acceso al primer puesto de trabajo, el mantenimiento del empleo e incluso la promoción³⁸⁶. Además de conceptualizar el término «minusválido», incluye medidas para eliminar discriminaciones negativas y la realización de acciones positivas³⁸⁷. En septiembre de 1988 y junio de 1988, se adoptaron recomendaciones sobre aspectos concretos que facilitarían la integración, en relación con el transporte³⁸⁸, la comunicación³⁸⁹, o la educación³⁹⁰.

Para continuar con el programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos de 1974, el Consejo adopta el segundo programa de acción comunitaria a favor de los minusválidos (HELIOS)³⁹¹. Además de la rehabilitación profesional, se ocupa de la integración económica y social y la vida autónoma de las personas con discapacidad y contempla una dotación económica para su consecución. A pesar de los esfuerzos, el Consejo reconoce las dificultades con las que aún contarían las personas con discapacidad e invita a los Estados miembros y a la Comisión a mantener y desarrollar medidas en esta misma dirección³⁹².

³⁸⁵ BIEL PORTERO, IREY ANEIRO, A. "La política social de la Unión Europea como única vía para la protección...", op. cit. p.197.

³⁸⁶ Estas medidas se encuentran analizadas en GARRIDO PÉREZ, "El tratamiento comunitario...", op. cit., pp. 169 a 171.

³⁸⁷ LÓPEZ CONTRERAS, M., Y RIEGO VILLA, J., "Unión Europea. Introducción", en MUÑOZ MAÑADO, S. y DE LORENZO, R., (Dirs.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, Escuela Libre Editorial 1996, p.94.

³⁸⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1987, sobre el transporte de minusválidos y ancianos (DO núm. C 281, de 19 de octubre de 1987, p.85).

³⁸⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 17 de junio de 1988, sobre lenguajes gestuales para sordos (DO núm. C 187, de 18 de julio de 1988) p. 236.

³⁹⁰ Conclusiones del Consejo y los Ministros de Educación reunidos en Consejo, de 14 de mayo de 1987, relativo a un programa de colaboración europea sobre integración de los niños disminuidos en escuelas ordinarias (DO núm. C 211, de 8 de agosto de 1987, pp. 1 a 4).

³⁹¹ Decisión del Consejo, de 18 de abril, de 1988, por la que se adopta el segundo programa de acción de la Comunidad a favor de los minusválidos (HELIOS) (DO núm. L 104, 231, de 23 de abril de 1988, p.38). Este programa finalizó en 1991.

³⁹² Conclusiones del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativas al empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO núm. C 173, de 8 de julio de 1989, pp. 1 y 2).

Ese mismo año, los Jefes de Estado y de Gobierno, aprobaron en la cumbre de Estrasburgo la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que si bien carecía de valor jurídico vinculante, tenía un importante carácter simbólico ya que reconocía los beneficios para las personas con minusvalía de la adopción de determinadas medidas en la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, el transporte o la vivienda³⁹³.

En 1990 se pone en marcha la primera iniciativa HORIZON que contaba con financiación a través de los Fondos estructurales, supuso la puesta en marcha de medidas de mejora para el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad y de otros grupos desfavorecidos desempleados o con graves obstáculos para su integración laboral. Así se financiaron iniciativas que permitían mejorar las condiciones de acceso al empleo, crear puestos de trabajo específicos o potenciar la competitividad mediante la formación en nuevas tecnologías o la adaptación de las infraestructuras³⁹⁴.

En 1993 el Consejo adopta el Programa HELIOS II³⁹⁵ que intensifica las acciones emprendidas por su predecesor con una mayor dotación económica. En él se reconoce la importancia de las organizaciones no gubernamentales en la integración de las personas con discapacidad y los beneficios del empleo de las nuevas tecnologías. El principal objetivo era adoptar medidas para la coordinación e intercambio de información y experiencias que permitieran superar las fronteras nacionales y contribuir a la recepción del modelo de igualdad de oportunidades en el marco comunitario³⁹⁶. Gracias a este programa se creó el Foro Europeo de las Personas con Discapacidad como organización consultiva de la Comisión que representa al conjunto de ciudadanos europeos con discapacidad, especialmente en el diálogo con la Unión. Su principal objetivo fue velar por el respeto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación³⁹⁷.

³⁹³ Punto 26 «Todo minusválido, cualquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer la integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda».

³⁹⁴ En 1991 se celebró en París la primera Conferencia de Ministros responsables de las políticas relativas a las personas con discapacidad con el título “Una vida autónoma para las personas con discapacidad”.

³⁹⁵ Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (HELIOS II 1993-1996) (DO núm. L056, de 9 de marzo de 1993, p.30). Este tercer programa fue el último, ya que los intentos de adoptar un cuarto programa fueron infructuosos por falta de acuerdo en el Consejo.

³⁹⁶ QUINN y DEGENER, A Survey...op. cit. apdo. A.3, parte 2.

³⁹⁷ EDF (European Disability Forum) es en la actualidad una organización de organizaciones sobre discapacidad.

En septiembre de 1993, con el fin de facilitar la integración social y económica de personas con discapacidad y personas mayores, el Consejo aprobó la iniciativa TIDE dirigida a la tecnología de rehabilitación para personas con discapacidad y las personas mayores³⁹⁸.

Posteriormente, en noviembre de 1993, la Comisión elabora el Libro Verde sobre la Política Social Europea³⁹⁹, y un año más tarde, en julio de 1994, el Libro Blanco sobre Política Social⁴⁰⁰ donde queda patente el enfoque de reconocimiento de derechos frente al enfoque asistencial de la discapacidad imperante hasta entonces. De este modo, en 1995 el Parlamento Europeo aprueba la Resolución sobre los derechos humanos de los minusválidos⁴⁰¹. En ella afirma que la discriminación por discapacidad supone una violación de derechos humanos e insta a los Estados a establecer una cláusula antidiscriminación por razón de discapacidad en la próxima revisión del Tratado.

En julio de 1996, la Comisión presenta la Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía⁴⁰² donde se diseñan las líneas generales de la nueva estrategia en materia de discapacidad basada en el principio de igualdad de oportunidades, que incluye el de no discriminación⁴⁰³. Si bien son los Estados miembros los responsables primarios en igualdad de oportunidades, la Comunidad debe potenciar el diálogo y favorecer la integración en ámbitos como el empleo o la sociedad de la información. La Comisión a su vez presentó un proyecto de Resolución con el objetivo de consagrar el compromiso político de alcanzar esa igualdad de oportunidades para personas con discapacidad que tuvo respuesta en diciembre a través de la Resolución en la que el Consejo y los

³⁹⁸ TIDE (*Technology Initiative for Disabled and Elderly People*) fue adoptado por Decisión del Consejo, de 21 de septiembre de 1993. (DO núm L 240, de 25 de septiembre de 1993, p. 42. Realiza numerosas actividades y cuenta con amplia información en <http://www.edf-feph.org>.

³⁹⁹ Libro Verde sobre la Política Social Europea, de 17 de noviembre de 1993, Opciones para la Unión (COM (93) 551 final).

⁴⁰⁰ Libro Blanco sobre la Política Social Europea, de 27 de julio de 1994, Un paso adelante para la Unión (COM (94) 333 final).

⁴⁰¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los minusválidos (DO núm. C 017, de 22 de enero de 1996, p. 196).

⁴⁰² Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía (COM (96) 406 final).

⁴⁰³ Se trata de una estrategia inspirada en el modelo introducido por las Normas Uniformes de Naciones Unidas, que da prioridad a la integración frente a la adaptación, lo que conlleva el reconocimiento de la igualdad efectiva de derechos, más allá de la adopción de medidas que se dirigen únicamente a superar las limitaciones derivadas de la discapacidad. Véase MABBETT, D., y BOLDESON, H. *A Significant Step Forward? EU Social Policy and the Development of a Rights-based Strategy for Disabled People*. Comunicación presentada en la Annual Policy Association Conference, del 24 al 26 de julio de 2001, Belfast, 2001, pp. 14 y 15.

Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros refrendan ese compromiso⁴⁰⁴.

El Tratado de Ámsterdam introdujo un nuevo Título en el TCE dedicado específicamente al empleo. En él, los Estados miembros y la Comunidad se comprometen a llevar a cabo una actuación conjunta y coordinada para el empleo. En la cumbre extraordinaria celebrada en Luxemburgo los días 20 y 21 de noviembre de 1997, el Consejo Europeo acordó que el Título VIII (actual Título IX TFUE) tuviera efectos inmediatos sin esperar la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, poniendo en marcha la Estrategia Europea de Empleo y adoptando las primeras directrices para el empleo, basadas en cuatro ejes: mejorar la capacidad de inserción profesional, desarrollar el espíritu de empresa, fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas para que el mercado laboral pudiera reaccionar a mutaciones económicas y reforzar la política de igualdad de oportunidades en el mercado laboral⁴⁰⁵.

Sobre la base jurídica que otorgaba el artículo 13 del Tratado CE⁴⁰⁶ la Comisión presentó en 1999 tres propuestas para luchar contra la discriminación que dieron lugar un año más tarde, entre otras⁴⁰⁷, a la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁰⁸ y al programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías (DO núm. C 012, de 13 de 1997, p. 1).

⁴⁰⁵ Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997 sobre las Directrices para el empleo de 1998 (DO C 30 de 28 enero de 1998).

⁴⁰⁶ Art. 13TCE 1. *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual....*

⁴⁰⁷ Directiva 2000/43/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico DO núm. L180, de 19 de julio de 2000, p.22.

⁴⁰⁸ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16). La fecha límite para la transposición de la Directiva era el 2 de diciembre de 2003, aunque se incluía la posibilidad de prorrogar el plazo, con ciertas condiciones, tres años más. En España se realizó a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que introdujo un amplio conjunto de medidas y reformas de naturaleza fiscal, administrativa y, sobre todo, laboral. En sus considerandos afirma que la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad (nº16) y que es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación (nº 20). Ya en el articulado,

En el año 2000 la Comisión presentó la Comunicación «Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad»⁴¹⁰ en la que, además de revisar las políticas fundamentales de la Unión Europea en relación con la discapacidad, pretendía, dar un nuevo impulso. En ella reitera que, a pesar de que son los Estados miembros los principales responsables en el ámbito de la discapacidad, las instituciones comunitarias deben aportar un valor añadido con la finalidad de conseguir la igualdad de oportunidades efectiva mediante una mayor coordinación en diferentes ámbitos relacionados con la discapacidad como el empleo y la formación profesional, la educación, el transporte y la movilidad, el mercado interior, la sociedad de información y nuevas tecnologías y la política de consumidores⁴¹¹.

Posteriormente, el Tratado de Niza⁴¹², incluye la lucha contra la exclusión social en el listado de materias en las que la Comunidad puede completar y apoyar la acción de los Estados miembros, si bien en este ámbito no podrá adoptar directivas⁴¹³. En consecuencia, la lucha contra la exclusión social es competencia exclusiva de los Estados miembros, limitándose la competencia de la Comunidad a la coordinación de las políticas desarrolladas por aquellos⁴¹⁴

En enero 2003, la Comisión expresó su apoyo a la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad⁴¹⁵.

manifiesta que tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por diferentes motivos, entre ellos de discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, y prevé unos ajustes razonables para personas con discapacidad.

⁴⁰⁹ Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO núm. L303, de 2 de diciembre de 2000, p.23).

⁴¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad (COM (2000) 284 final).

⁴¹¹ En la traducción española la Comunicación abandona el término «minusválido» y lo sustituye por el de «personas con discapacidad»

⁴¹² La Conferencia intergubernamental terminó sus trabajos adoptando el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 que entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

⁴¹³ Artículos 136 y 137 TCE. Ello se mantiene en los actuales arts. 151 y 153 TFUE.

⁴¹⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Excluidos sociales: empleo y protección social", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 59, 2005, p. 171.

⁴¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de enero de 2003, «Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad».

A partir de ese año, las Directrices adoptan una perspectiva trienal, abandonan la estructura de los pilares o ejes, definen tres objetivos generales y diez directrices específicas. Las Directrices para el empleo de 2003 establecen como objetivos generales el pleno empleo, mejorar la calidad y la productividad del trabajo y reforzar la cohesión y la inclusión sociales⁴¹⁶.

En mayo de 2003, en la segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad, celebrada en Málaga, los Ministros adoptaron la Declaración ministerial de Málaga relativa a las personas con discapacidad “Avanzar hacia la plena participación como ciudadanos”, que identificaba la participación y la inclusión social como un factor determinante en la vida de las personas con discapacidad y que avanzaba en la defensa de los derechos fundamentales de las mismas. Consecuencia directa del impulso de la Conferencia y coincidiendo con el Año Europeo de la Discapacidad (2003), la Comisión presentó en su Comunicación de 20 de octubre de 2003 un Plan de Acción Europeo sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad para el periodo 2004-2010. Sus objetivos estratégicos eran asegurar la plena aplicación de la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y abrir el debate sobre la futura estrategia de lucha contra la discriminación; b) integrar adecuadamente las cuestiones de discapacidad en las políticas comunitarias y procesos existentes mediante una estrategia transversal y c) mejorar la accesibilidad para todos, tanto los bienes, los servicios, como el entorno construido a través de la elaboración de normas y guías de buenas prácticas acordes con el principio de «diseño para todos».

A partir de 2005, el Consejo adopta un conjunto de directrices integradas para el crecimiento y el empleo que reúnen un solo texto, para un periodo de tres años, las orientaciones generales de las políticas económicas y las directrices para el empleo. Los Estados miembros deberán elaborar sus programas nacionales de reforma tomando como base estas directrices integradas y señalar las medidas concretas que prevén adoptar. En base a ello el Consejo adoptó las directrices para el periodo de empleo 2005-2008⁴¹⁷ que se corresponden con las directrices integradas 17 a 24 ⁴¹⁸. Paralelamente, la Comisión en su documento de trabajo “Transversalidad de la discapacidad en la Estrategia Europea de Empleo, pone de manifiesto que las necesidades de las personas con discapacidad deben ser

⁴¹⁶ Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 (DO L 197 de 5 de agosto de 2003).

⁴¹⁷ Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 (DO L205 de 6 de agosto 2005).

⁴¹⁸La directriz 18 es la relativa a promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, destaca la importancia de luchar contra la discriminación, favorecer el empleo de las personas con discapacidad y propiciar la integración de los inmigrantes y las minorías.

tenidas en cuenta en el diseño de todas las políticas y no únicamente en aquéllas que se dirigen específicamente a las mismas⁴¹⁹.

De forma explícita, el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴²⁰ establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Asimismo, el artículo 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad⁴²¹.

En 2008, el Consejo Europeo confirma que las directrices integradas siguen siendo válidas y deberían servir para el periodo 2008-2010⁴²². El Informe conjunto sobre el Empleo 2008-2009 presentado en el Consejo, afirma que sigue existiendo una elevada proporción de personas con discapacidad que están fuera del mercado laboral y, además, algunos grupos como las mujeres con discapacidad y las personas con discapacidad mental, están a un más infrarrepresentados. Por ello considera necesario fomentar el empleo con apoyo para lograr que las personas con discapacidad puedan incorporarse al mercado de trabajo abierto, en lugar de centrarse en el empleo protegido como han hecho algunos países.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad y podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad⁴²³.

En mayo 2010, se celebró en Zaragoza la Conferencia de Ministros sobre discapacidad y autonomía personal a través de la educación, la accesibilidad universal y el empleo y en junio de ese mismo año, el Consejo Europeo acuerda la puesta en marcha de una nueva Estrategia para el crecimiento y el empleo Europa

⁴¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Disability mainstreaming in the European Employment Strategy*, Brussels, European Commission (Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG), 2005, disponible en línea [http://www.socialdialogue.net/docs/si_key/Disability_Mainstreaming_Employment_emco010705_en.pdf].

⁴²⁰ Diario Oficial de la Unión Europea nº C 83 de 30 de marzo de 2010.

⁴²¹ El Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 atribuye el mismo valor jurídico a la Carta que a los Tratados (art. 6 del Tratado de la Unión Europea).

⁴²² Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L198 de 26 de julio de 2008). Y Decisión del Consejo, de 7 de julio de 2009, relativa a las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 180 de 11 de julio de 2009).

⁴²³ Artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea nº L23 de 27 de enero de 2010.

2020 la cual ha de centrarse en cuatro ámbitos clave: conocimiento e innovación, una economía más sostenible, una elevada tasa de empleo e integración social. Específicamente para las personas con discapacidad deberán tenerse en cuenta los dos últimos ámbitos facilitando educación, formación, oportunidades de empleo y lucha contra la discriminación. La Estrategia propone siete iniciativas emblemáticas para catalizar los avances en cada tema prioritario. Todas aportan el ámbito de la discapacidad, al ser considerada horizontal en todas las políticas, pero destacamos las iniciativas centradas en la innovación y digitalización, el uso eficaz de los recursos y la lucha contra la pobreza. Las primeras insisten en la innovación (I+D+i en todos los campos) y la potenciación de los procesos relacionados con el universo digital como auténticos motores del desarrollo económico y social europeo para los próximos años⁴²⁴.

De acuerdo con esta Estrategia, la Comunicación⁴²⁵ "Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras" pretende sacar partido del potencial combinado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, y aprovechar plenamente las posibilidades que ofrecen la Estrategia Europea 2020 y sus instrumentos.

En ese marco se adoptaron las directrices para las políticas de empleo para 2011⁴²⁶, las cuales deberían mantenerse estables hasta 2014, sin perjuicio de ser elaboradas cada año. Se avanzó en la necesidad de situar la discapacidad como un ámbito horizontal en todas las políticas de la Unión y de sus Estados miembros de forma que los problemas de las personas con discapacidad sean abordados desde el núcleo político principal y no desde las excepciones legislativas. Igualmente se reconoció la labor imprescindible de las organizaciones de personas con discapacidad en Europa.

La referencia actual es el Plan de Acción 2006-2015 del Consejo de Europa para las personas con discapacidad. Este plan pretende mejorar la calidad de vida, la inclusión y la participación activa en la sociedad de las personas con discapacidad,

⁴²⁴ De forma complementaria, la iniciativa que incluye de manera más explícita, el ámbito de la discapacidad es la denominada "Plataforma europea contra la pobreza que persigue garantizar la cohesión social y territorial de tal forma que los beneficios del crecimiento y del empleo sean ampliamente compartidos y las personas que sufren pobreza y exclusión social puedan vivir dignamente y tomar parte activa en la sociedad. (COM (2010) 0758 final de 16 de diciembre de 2010).

⁴²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones COM (2010) 636 final de 15 de noviembre de 2010.

⁴²⁶ Decisión del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 308 de 24 de noviembre de 2010).

así como consolidar la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Recomienda acciones específicas que hay que emprender a nivel nacional y llama la atención sobre cierto número de grupos vulnerables de personas con discapacidad que se enfrentan a obstáculos y problemas particulares que requieren medidas transversales. Cuenta con 15 líneas de acción que definen los objetivos que se deben alcanzar y la acciones específicas que deberían aplicar los Estados miembros. La 5ª línea dedicada al empleo, orientación y formación profesionales identifica como necesarias leyes, medidas y servicios para ofrecer a las personas con discapacidad las mismas posibilidades de obtener y de conservar un empleo. Considera que se debe fortalecer la igualdad de acceso al empleo asociando medidas antidiscriminatorias y acciones positivas e integrando las cuestiones relativas al empleo de las personas con discapacidad en las políticas a favor del empleo⁴²⁷. Enumera una serie de acciones específicas entre las que destacamos procurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una evaluación individual objetiva que identifique sus posibilidades en términos de actividades profesionales, haga hincapié en la evaluación de las capacidades y las aproxime a las exigencias específicas de los puestos de trabajo, o que tengan acceso a acondicionamientos razonables.

El Informe sobre Igualdad e Inserción de Personas con Discapacidad, debatido en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 30 de enero de 2015, detectó que, según la OCDE, el empleo de las personas con discapacidad en los países miembros del Consejo de Europa en 2012 se situó en torno al 44 por 100, frente al 75 por 100 para las personas con discapacidad. Según el estudio, las principales causas de la falta de acceso de las personas con discapacidad en el mercado laboral son la ausencia de medidas positivas para el empleo, la persistencia de los estereotipos sobre la capacidad para trabajar y la falta de servicios de apoyo o de transporte adecuado para el lugar de trabajo. El estudio apuesta por la aplicación efectiva en todos los países del Consejo de Europa de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2008, lo que implica reconsiderar los mecanismos de control existentes. Asimismo, defiende integrar a las personas con discapacidad en todas las actividades, iniciativas y políticas. Entre las prioridades, señala el análisis, se debe evaluar el Plan de Acción del Consejo de Europa 2006-2015 sobre Discapacidad, con el fin de aprender de los diez años de la aplicación en los estados miembros. Apuesta por definir un nuevo plan de trabajo para el período 2016-2020 en estrecha consulta con las organizaciones representativas de personas con discapacidad.

⁴²⁷ Rec (2006) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Pla de Acció del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015. Disponible en línea [[http://www.coe.int/t/e/social_cohesion/soc-sp/Rec\(2006\)5%20Spain.pdf](http://www.coe.int/t/e/social_cohesion/soc-sp/Rec(2006)5%20Spain.pdf)].

3.2.1.3.1 La Estrategia Europea 2010-2020

En octubre 2010, el Parlamento Europeo debatió el informe⁴²⁸ sobre la Estrategia Europea para la discapacidad 2010-2020 que presentó la Comisión Europea en noviembre 2010. Entre otras cuestiones se identificó como prioritario aumentar las cifras de empleo para los casi 80 millones de personas con discapacidad que viven en la Unión Europea. Esta Estrategia surge como consecuencia de una profunda crisis financiera mundial y europea⁴²⁹. Propone tres prioridades que se refuerzan mutuamente: el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La discapacidad no podía quedar al margen y por ello se presenta la Comunicación “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”. En relación con el empleo reconoce que los empleos de calidad aseguran una independencia económica, fomentan los logros personales y ofrecen la mejor protección frente a la pobreza.

La tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa en torno al 50% y para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo abierto. Para ello, se propone los siguientes objetivos:

- Explotar el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” facilitando a los Estados miembros análisis, orientaciones políticas, intercambios de información y otro tipo de apoyo.
- Dar a conocer mejor la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, identificar los retos y proponer soluciones. Prestar especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo. Abordar la movilidad interna en el mercado laboral abierto y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo.
- Tratar la cuestión de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad, sin descuidar aspectos como las condiciones de trabajo y la promoción profesional, contando con la participación de los interlocutores sociales. Intensificar su apoyo a las iniciativas voluntarias que promueven la gestión de la diversidad en el lugar de trabajo, tales como “cartas de la diversidad” firmadas por la empresa o iniciativas de empresa social.

⁴²⁸ Ponente Adám Kosá (PPE), primer eurodiputado sordo.

⁴²⁹ Adoptada formalmente por el Consejo Europeo de 17 de junio de 2010 (Consejo Europeo, 2010b).

- Apoyar y complementar los esfuerzos nacionales destinados a: analizar la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral; luchar para evitar que las personas con discapacidad caigan en la trampa o entren en la cultura de las prestaciones por discapacidad, que les disuaden de entrar en el mercado laboral; contribuir a su integración en el mercado laboral a través del Fondo Social Europeo; desarrollar políticas activas del mercado; mejorar la accesibilidad de los lugares de trabajo; desarrollar servicios de colocación profesional, estructuras de apoyo y formación en el lugar de trabajo.

La personalidad jurídica de la Unión Europea tiene su mayor expresión en la política exterior, al convertirse en una voz única para promover los valores e intereses de la UE a escala internacional y la Política Exterior de Seguridad Común concede a los derechos humanos un papel esencial al considerar que su respeto es la mejor manera de garantizar la paz y el orden mundial⁴³⁰.

En el proceso de elaboración de la Estrategia, se contó con la aportación de todos aquellos que expresaron su opinión en una consulta pública sobre la preparación de la misma, cumplimentando un cuestionario donde se recogían datos y opiniones sobre los problemas de las personas con discapacidad y la manera de resolverlos. Todas las respuestas se tuvieron en cuenta. La Comisión⁴³¹ ha identificado “ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Estos ámbitos se eligieron por su potencial para contribuir a unos objetivos generales de la Estrategia y la convención, y se definen, se fundamentan y concretan, fijándose fechas probables para su ejecución en la Lista de Acciones 2010-2015. En relación al empleo el objetivo específico es mejorar la situación laboral de las mujeres y hombres con discapacidad a través del reconocimiento de su derecho al trabajo, incluido el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo

⁴³⁰ JARABA SÁNCHEZ, MERCEDES “La estrategia europea de discapacidad 2010-2010: nuevas herramientas contra la discriminación. En ÁVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.) *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, CERMI, 2012, pp. 142-144.

⁴³¹ El 30 de marzo de 2007 la Comisión firmó la Convención en nombre de la Unión Europea que autorizada mediante la Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo [COM (2007) 0077]. La Convención abarca ámbitos de competencia exclusiva de la UE y ámbitos de competencia compartida con los Estados miembros. En el ámbito de la Comisión, el Grupo de Alto Nivel sobre Discapacidad (HLGD) ha identificado siete áreas en las que la colaboración a nivel europeo pudiera ser de gran utilidad para la implementación de la Convención: la accesibilidad, la capacidad jurídica, el acceso a la justicia, la vida independiente, el derecho al voto, los mecanismos de seguimiento y el “empoderamiento” de la persona con discapacidad. La Estrategia prevé que sea este grupo el que actúe como órgano de coordinación y dinamización de la misma.

libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles⁴³².

Las acciones clave en este punto pasan por fórmulas de sensibilización social, incorporación de módulos específicos en las encuestas de empleo, información de medidas positivas en la contratación de personas con discapacidad, apoyo a proyectos empresariales innovadores, etc., pero es de destacar el de animar a los empresarios a comprometerse con las políticas de diversidad en el lugar de trabajo.

En consonancia con la Estrategia Europa 2020 se ha presentado el marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020⁴³³ con tres grandes retos:

- Mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención de riesgo.
- Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo haciendo frente a nuevos riesgos emergentes, sin descuidar los que ya existen;
- Tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la UE.

Para ello se proponen una serie de acciones en función de siete objetivos estratégicos:

- Proseguir la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad; por ejemplo, a través de la coordinación de políticas y el aprendizaje mutuo.

⁴³² En relación con esta estrategia se aprobó el Plan de Acción sobre Discapacidad 2006-2015 del Consejo de Europa. Información sobre el Plan: Recomendación Rec (2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015 (adoptada por el Comité de Ministros de 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros.

⁴³³ Este nuevo marco se basa en la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), que contribuyó, entre otras cosas, a reducir en un 27,9% el número de accidentes de trabajo que daban lugar a ausencias de más de tres días en la UE. Esta estrategia proporcionó un marco común para la coordinación y una dirección común. La evaluación de sus resultados pusieron de manifiesto la necesidad de revisar los objetivos, las prioridades y los métodos de trabajo para adaptar el marco de actuación de la UE a los cambiantes patrones de trabajo y a los riesgos emergentes. Conferencia sobre condiciones laborales de 28 de abril 2014 (IP/13/491).

- Proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad⁴³⁴.
- Mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros; por ejemplo, mediante la evaluación de los resultados de las inspecciones de trabajo nacionales;
- Simplificar la legislación vigente, cuando proceda, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores;
- Abordar el envejecimiento de la mano de obra europea y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos nuevos y existentes, como nanomateriales, las tecnologías verdes o las biotecnologías;
- Mejorar la recogida de datos estadísticos para disponer de mejores pruebas, y desarrollar herramientas de seguimiento;
- Reforzar la coordinación con organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y con los socios, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo⁴³⁵.

Es sorprendente que todavía se planteen acciones dirigidas a mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad. Todos estos esfuerzos teóricos serán improductivos si no se llevan a cabo. De nada sirve diseñar una propuesta si no se pone en marcha y la única manera de saber si es eficaz es mediante su evaluación, esto permitirá conocer si esa acción es adecuada e identificar las áreas de mejora. El cumplimiento de las normas es prioritario.

⁴³⁴ Las empresas recibirían asistencia técnica y contarían con herramientas prácticas, como la Evaluación en Línea de Riesgos Interactivos (OiRA), una plataforma web que proporciona instrumentos para la evaluación de riesgos sectoriales [<http://www.oiraproject.eu/>].

⁴³⁵ Comité de Protección Social de la Unión Europea (2011) La dimensión social de la Estrategia Europea 2020: Un Informe del Comité de Protección Social. Luxemburgo.

3.2.1.4 El papel del Fondo Social Europeo

Para que las anteriores iniciativas se llegaran a materializar ha sido imprescindible contar con una dotación económica. Estas ayudas financieras han sido otorgadas por el Fondo Social Europeo⁴³⁶ dentro de los Programas Operativos y de las iniciativas comunitarias. Para el periodo 2000-2006 y con el fin de promover nuevas prácticas para la lucha contra todo tipo de discriminación y de desigualdad en el mercado de trabajo en un contexto de cooperación transnacional se creó la iniciativa EQUAL⁴³⁷.

Dada la conexión entre las políticas de empleo y las política para la inclusión social, ambas deben guardar coherencia entre sí en aras a incrementar su eficacia⁴³⁸. Precisamente por esta razón se establece un nuevo Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social PROGRESS para el periodo 2007-2013⁴³⁹. Este programa estaba destinado a apoyar financieramente los objetivos de la Unión Europea en materia de empleo y política social en el marco de la Estrategia de Lisboa. Se financiaban actividades relacionadas con el empleo, protección e integración social, condiciones de trabajo, antidiscriminación y diversidad e igualdad entre mujeres y hombres. La financiación se realiza mediante contratos

⁴³⁶ El Fondo Social Europeo es uno de los fondos denominados «estructurales». Su creación se produjo en 1957, con el objetivo de promover el empleo en los países de la Unión. Se ha ido adaptando a las diversas etapas. Su principal misión es distribuir fondos para contribuir al fomento de empleo. Se encuentra regulado en los siguientes Reglamentos: Reglamento CE 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1784/1999 [DO L 210 de 31/07/ 2006]; Reglamento CE 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo General, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) 1260/1999. Corrección de errores DOUE de 7/06/2007; Reglamento (CE) 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, por el que se fijan normas de desarrollo para el Reglamento (CE) nº 1083/2006 y Reglamento (CE) 1080/2006; Reglamento CE 1927/2006 ; O.TIN/2965, 14-X-2008; RD 343/2012 .

⁴³⁷ Comunicación de la Comisión a los Estados Miembros de 14 de abril de 2000, C(2000) 853 y Comunicación de la Comisión de 30 de diciembre de 2003, COM (2003) final. La Iniciativa comunitaria EQUAL era financiada conjuntamente por los Estados miembros y la Comisión. EL Fondo Social Europeo participaba en la financiación comunitaria de la iniciativa. No estaba dirigida de manera específica a personas con discapacidad pero permitió financiar proyectos que perseguían la lucha contra la discriminación laboral de este colectivo.

⁴³⁸ CORDERO GORDILLO, V., Régimen jurídico del empleo...op. cit., pp., 41 y 42. Las medidas que prevén los Estados para favorecer el empleo de las personas con discapacidad aparecen tanto en los Programas Nacionales de Reforma como en los Informes Nacionales sobre la Inclusión Social, debiendo garantizarse en todos caso la coherencia y sinergia entre ambos tipos de actuaciones. En consecuencia, una visión integral de la integración laboral de las personas con discapacidad a nivel comunitario y nacional exige tener en cuenta ambas Estrategias.

⁴³⁹ Decisión nº 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social-Progress (DO L 315 de 15 de noviembre de 2006).

de servicios resultantes de una licitación o bien mediante convocatorias de propuestas de carácter anual.

En el ámbito de las ayudas estatales al empleo, el Reglamento (CE) 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, se declaran determinadas categorías de ayudas públicas compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (actuales arts. 107 y 108TFUE) ⁴⁴⁰. Este Reglamento declara compatibles con el mercado común y dispensadas de notificación las ayudas estatales consistentes en subvenciones salariales para el empleo de trabajadores con discapacidad y las ayudas destinadas a compensar los costes adicionales derivados del empleo de trabajadores con discapacidad⁴⁴¹.

En España, el Fondo Social Europeo incluyó en su programación tres Programas Operativos de carácter plurirregional para el periodo 2007-2013 que sirven de complemento a las intervenciones desarrolladas en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Estos son: Programa operativo de lucha contra la discriminación, Programa operativo de adaptabilidad y empleo y programa de asistencia técnica, cooperación transnacional e interregional. En los tres es primordial el fomento de empleo de las personas con discapacidad lo que permite cofinanciar proyectos dirigidos a mejorar la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral.

Para llevar a cabo las acciones propuestas por el marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, descrito en el apartado anterior, se establecen como instrumentos los siguientes: diálogo social, sensibilización, garantía de cumplimiento de la legislación de la UE y sinergias con otros ámbitos (salud pública, educación, etc.); además, fondos de la UE, como el Fondo Social Europeo (FSE) o el Programa Europeo de Empleo e Innovación Social (EaSI), disponibles para apoyar la aplicación de las normas sobre salud y seguridad.

No existe una definición de “discapacidad” común en Europa. Tras el año 2003, año Europeo de la Discapacidad se realizó un gran esfuerzo por mejorar los datos estadísticos sobre el número de personas con discapacidad funcional pero la realidad, es que estos datos se encuentran asociados a la posibilidad de percibir prestaciones. Las estadísticas oficiales identifican grupos heterogéneos de personas con discapacidad; discapacidad producida por deficiencias congénitas o

⁴⁴⁰ Reglamento de exención por categorías. DO L 214 de 9 de agosto de 2008. El Reglamento (CE) 2204/2002 de la Comisión de diciembre de 2002 declaró compatibles con el mercado común las ayudas concedidas por los Estados miembros tanto a empresas ordinarias como a talleres protegidos, para la contratación de trabajadores con discapacidad y para compensar los costes adicionales que pudieran derivarse de tales contratos. El Reglamento, prorrogado en dos ocasiones, expiró el 30 de junio de 2008.

⁴⁴¹ Artículos 41 y 42 Reglamento (CE) 800/2008 de la Comisión de 6 de agosto.

adquiridas, con diferentes grados de discapacidad, discapacidades permanentes o temporales. Y aquellas que son aptas para el trabajo o las que no lo son, las que buscan trabajo, las que son improductivas⁴⁴². Aunque la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las persona con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo; no existe un concepto homogéneo del término. Cada Estado elige su propio concepto lo que genera distorsión y poca convergencia.

3.2.2 Normativa y políticas en España

España ha avanzado significativamente en el desarrollo normativo en materia de discapacidad siendo una referencia para otros países⁴⁴³. Sus exponentes más significativos se enumeran a continuación.

De una parte, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI)⁴⁴⁴, fue la primera ley aprobada en España dirigida a

⁴⁴² Directorate General for Employment and Social Affairs (2001): The employment situation of people with disabilities in the European Union, pp. 8-12, European Comission, Bruselas.

⁴⁴³ El 3 de diciembre de 2013 el Instituto Roosevelt y la Fundación Lantos, otorgaron a España el Premio Roosevelt por el impulso de políticas innovadoras, y a veces inéditas, en esta materia

⁴⁴⁴ Publicada en el BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013. Se inspira en principios programáticos del art 49 CE y declaraciones aprobadas por las Naciones Unidas. Entre otros aspectos caben destacar los siguientes: refunde en un solo texto la dispersa normativa existente, adopta de manera uniforme el término minusválido para sustituir a expresiones como subnormal, desvalido, incapacitado o inválido; como factor de integración hace referencia al grado de capacidad residual del trabajador; define y regula los Centros Especiales de Empleo (CEE); habilita al Gobierno para que en el plazo de un año aprobara las disposiciones reguladoras de trabajo de las personas con capacidad física, psíquica o sensorial disminuidas que presenta en servicios en los CEE, lo que se materializó mediante la promulgación del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que prestan sus servicios en los CEE (se promulga el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre que crea el registro especial de los CEE); impulsó políticas legislativas favorables a la creación y al mantenimiento del empleo por medio de nuevas formas de contratación laboral como el contrato temporal de fomento de empleo; incentiva la contratación de personas con discapacidad por las empresas del mercado ordinario de trabajo (mediante fórmulas de imposición, medidas favorecedoras de la contratación, empleo selectivo, otras medidas de fomento del empleo indefinido de trabajadores minusválidos, fomento del empleo de las mujeres con minusvalía. Da lugar mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de diciembre de 1998 por la que se concede a las Cooperativas de trabajo asociado, de explotación comunitaria de la tierra, las cooperativas que tengan socios de trabajo y las Sociedades laborales que incorporen como socios trabajadores o de trabajo a desempleados minusválidos, como tal legalmente reconocidos, determinadas ayudas económicas; la celebración de enclaves laborales las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los centros especiales de empleo); promueve el fomento de la contratación temporal e indefinida a favor tanto de empresas del mercado ordinario de trabajo como de CEE, o por medio del programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los arts. 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. Supuso un gran avance para la época. Estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que posteriormente se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo. De otra, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) que vino a complementar a la LISMI y a renovar el impulso a favor de las políticas de las personas con discapacidad⁴⁴⁵. Supuso un impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal como principales estrategias. Vaticinaba el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que finalmente se hizo realidad a través de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad⁴⁴⁶. En el campo del apoyo a la autonomía y atención a la dependencia se aprobó la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personas y atención a las personas en situación de dependencia (LAPAD).

Pero uno de los mayores avances ha sido la aprobación y ratificación por España de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, de 2006, que abandona el paradigma médico, caritativo o graciable para adoptar un modelo de derechos humanos⁴⁴⁷. A nivel europeo, la ratificación de la Convención y la aprobación de la “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020” refleja el compromiso para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad y la creación de una Europa sin barreras. Esta Estrategia se ha concretado en la “Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020” que marca los objetivos y compromisos políticos para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad.

Y, por último, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Dada la importancia de esta norma se realizará un análisis exhaustivo en epígrafes posteriores⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ En su Exposición de Motivos la Ley 51/2003 (LIONDAU) señalaba: Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad.

⁴⁴⁶ Publicada en el BOE nº 310 de 27 de diciembre de 2007.

⁴⁴⁷ DURÁN, A “La situación de las personas con discapacidad” *Sistema* 233-234 enero 2014, p. 8.

⁴⁴⁸ Vid. *infra* Capítulo II.

3.2.2.1 Evolución de la protección en la normativa laboral española

Desde un punto de vista laboral podríamos decir que la evolución de la legislación española se puede dividir en tres etapas⁴⁴⁹:

Una primera, claramente influida por el modelo médico, en el que la protección de las personas con discapacidad se canalizaba mediante políticas pasivas como la asistencia sanitaria o las prestaciones económicas.

Una segunda etapa, en la que se aboga por políticas activas dirigidas a lograr la integración laboral de las personas con discapacidad como medio para conseguir su inserción en la sociedad. Se asegura así un cupo de reserva a los trabajadores minusválidos (art. 38 Ley 13/1982 LISMI), se prevén incentivos a la contratación de este colectivo específico de trabajadores (RD 1451/1983 empleo selectivo y medidas de fomento de empleo) y se crea el empleo protegido como mecanismo de integración laboral de las personas con discapacidad que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan ejercer una actividad laboral en condiciones habituales (artículo 42.1 Ley 13/1982 y RD 2273/1985 CEE).

Y una tercera etapa, influida claramente por el modelo social, en la que el legislador prioriza la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario. El empleo protegido comienza a percibirse como un mecanismo de integración y segregación a un tiempo, de manera que se crean los enclaves laborales como vía de tránsito entre el CEE y el entorno laboral normalizado (RD 290/2004 enclaves laborales), se regula el empleo con apoyo como medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo (artículo 1 RD 870/2007 empleo con apoyo) y se reconoce la posibilidad de que las personas con gran dependencia reciban una prestación económica de asistencia personalizada para facilitar al beneficiario el acceso al trabajo (artículo 19 Ley 39/2006 promoción de autonomía personal). Se introducen además diferencias de trato dentro del mismo colectivo de discapacitados (la Ley 43/2006 establece incentivos a la contratación cuya cuantía se incrementará si concurren otras circunstancias que dificultan aún más el acceso al mercado de trabajo- mujer, 45 años, porcentaje de minusvalía) y se reduce parcialmente el desincentivo al trabajo que puede presentar la pérdida de la pensión a través de la Ley 8/2005 (Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el

⁴⁴⁹ FERREIRA, Miguel Ángel V., «De la *minus-valía* a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico». *Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. I, 2010, pp. 45-65. En esa misma línea ALONSO GARCÍA, B. , *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid, Civitas, 1997.

trabajo remunerado BOE 7-6-2005, núm.35). Como queda reflejado, se ha producido un cambio muy positivo.

3.2.2.2 Política de empleo en España

Los artículos 9.2 y 49 de la CE imponen un mandato a los poderes públicos para que hagan efectivo el derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 y realicen una política orientada al pleno empleo recogido en el art. 40.1 del mismo texto constitucional. La interpretación conjunta de los anteriores junto con los arts. 1.1 y 10.1 conducen a que tanto el derecho al trabajo como el desarrollo de una política orientada al pleno empleo sean de aplicación plena y preferente a las personas con discapacidad⁴⁵⁰.

Para desarrollar este derecho constitucional al trabajo que permite la independencia y el pleno desarrollo de las capacidades de las personas, se han venido implementando diversas actuaciones conjuntas y estrategias tanto en España como en Europa.

3.2.2.3 Planes de acción nacionales

Las políticas de empleo en España han evolucionado desde las centradas en las transferencias de renta y subsidios acorde con la filosofía proteccionista a otra en la que se vela por su integración, utilizando la inserción laboral como herramienta para conseguir la plena independencia social y económica.

Por otra parte, el cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco de la Estrategia Europea de Empleo y la Estrategia Europea para la Inclusión social ha motivado la aprobación de diversos planes de Acción para el Empleo y la Inclusión Social que se han ocupado del empleo de las personas con discapacidad desde el principio.

En relación con el empleo, el primer Plan de 1998, contaba con una directriz dedicada específicamente a promover la integración laboral de personas con discapacidad en la vida laboral mejorando su capacidad y adaptando los puestos⁴⁵¹. En los Planes Nacionales de Acción para el Empleo de 1999⁴⁵², se

⁴⁵⁰ DE LORENZO GARCÍA, R. Y CABRA DE LUNA, M.A., “El empleo de las personas con discapacidad” en DE LORENZO GARCÍA, R. Y PÉREZ BUENO, L.C (Dir.) *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 1168.

⁴⁵¹ Plan de Acción para el Empleo y la Inclusión Social de 1998, Directriz 19 .

⁴⁵² *Ibídem*, Directriz 9.

observa esa misma tendencia y, en el del año 2000⁴⁵³, se hace un mayor énfasis en la colaboración con entidades del sector de la discapacidad. En el Plan de 2001⁴⁵⁴ se promueve la adopción de incentivos económicos, entre ellos, una menor cotización para la contratación de personas con discapacidad, un tratamiento fiscal favorable para personas que opten por el autoempleo, o el impulso del cumplimiento de la cuota de reserva y de medidas alternativas. Estas mismas medidas se tratan de impulsar en el Plan de 2002⁴⁵⁵.

El siguiente plan Plan Nacional de Acción para el Empleo de 2003⁴⁵⁶ establece medidas relativas al empleo con apoyo y modernización de los servicios de ajuste personal y social, que se reiteran en el Plan de 2004 en el que se prevén, además, otras medidas dirigidas al empleo de mujeres con discapacidad, a la coordinación de los Servicios Públicos de Empleo y los Órganos Técnicos de Valoración de la Discapacidad así como el impulso de una Ley de Inserción Sociolaboral.

En el año 2005, se elabora el Programa Nacional de Reformas para el Periodo 2005-2008 con los objetivos de plena convergencia con la renta per cápita de la UE-25 en 2010, y alcanzar una tasa de empleo del 66 por 100. En relación con el empleo de las persona con discapacidad se prevén medidas como la regulación de empleo con apoyo, la creación de equipos multiprofesionales especializados en la integración laboral de las personas con discapacidad, el diseño de itinerarios de inserción para mujeres con discapacidad, el seguimiento y control del cumplimiento de la reserva de empleo y actualización de ayudas para la creación Centros Especiales de Empleo⁴⁵⁷.

Por su parte, en el Informe Anual de Progreso 2006, se establecen como medidas aprobadas, la bonificación en la cuota de Seguridad Social del Régimen Especial para Trabajadores Autónomos con discapacidad⁴⁵⁸ y la creación de equipo multiprofesionales⁴⁵⁹. En el Informe de 2007 se añade la aprobación del RD que regula el empleo con apoyo⁴⁶⁰. En el Informe correspondiente al año 2008 se

⁴⁵³ Ibídem.

⁴⁵⁴ Ibídem, Directriz 7.

⁴⁵⁵ Ibídem.

⁴⁵⁶ Ibídem.

⁴⁵⁷ Sexto eje "Mercado de trabajo y diálogo social". Directriz integrada 19.

⁴⁵⁸ Disposición adicional 11ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

⁴⁵⁹ Desarrollaron el método Estrella, aplicación informática para la integración laboral de personas con discapacidad. Disponible en línea:
http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/marco_teorico.pdf

establece la aprobación de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012 con el fin de aumentar las tasas de actividad y ocupación y promover la inserción en el mercado de trabajo de personas con discapacidad así como mejorar la calidad de empleo y dignificar las condiciones de trabajo combatiendo activamente la discriminación. Su Plan de Acción contemplaba la evaluación de la política de bonificaciones y reducciones de la cuota de la Seguridad Social destinadas a personas con discapacidad.

El Programa Nacional de Reformas presentado en 2011 destacó la reforma de las políticas activas de empleo⁴⁶¹ que incluía entre los colectivos prioritarios a las personas con discapacidad. En esta reforma se establecía la elaboración de una Estrategia Española de Empleo ⁴⁶² con carácter plurianual que concretara anualmente un Plan Anual de Política de Empleo.

Los planes de empleo se han desarrollado en una buena dirección. Describen un panorama positivo, propio de una sociedad concienciada con la discapacidad, que trata de fomentar su autonomía a través de la integración laboral pero en algunos casos, no llegan a ser tan efectivos como sería deseable.

De forma paralela se han establecido planes para la inclusión social que también incentivan el empleo de las personas con discapacidad. El primero fue el Plan de Acción para la Inclusión Social 2001-2003, que tomaba como punto de partida el inaceptable número de personas que vivían por debajo del umbral de la pobreza y excluidas socialmente. Este plan reunió por primera vez en un documento unitario las diversas vías de actuación en el campo de la exclusión global en todo el Estado, y supuso la adquisición de un compromiso compartido, tanto en sus objetivos como en el periodo de su ejecución, entre los distintos actores sociales en el que se asumía la corresponsabilidad social ante el fenómeno de la exclusión. Gracias a este plan se recogió clasificó en integró toda la información sobre las actuaciones que se venían realizando y las previsiones de futuro. La prioridad estratégica de este plan fue la movilización de las autoridades,, interlocutores y ONG para presentar planes con medidas mucho más integradas.

Antes de finalizar los dos años de vigencia del anterior plan, se inician las actuaciones preparatorias para el siguiente Plan de Acción para la Inclusión Social

⁴⁶⁰ RD 870/2007, de 2 de julio (BOE 14/VII/07), por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

⁴⁶¹ Operada por el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero.

⁴⁶² Aprobada por el RD 1542/2011, de 31 de octubre.

2003-2005⁴⁶³ en el que se establecieron un conjunto de medidas destinadas a corregir o ajustar los planteamientos iniciales y facilitar así una mayor convergencia de las políticas públicas. En este plan el enfoque prioritario para España se dirigía a una línea estratégica que combinara el crecimiento económico y el bienestar social, sin olvidar la reducción de las desigualdades y la prevención de la exclusión social, coincidente con el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa en 2005. Empleo, servicios sociales, salud, vivienda, educación y rentas mínimas, se configuraron como elementos del eje central de la inclusión social. Se incrementó el esfuerzo para implicar a la sociedad civil y asegurar la participación de todos los agentes sociales.

El siguiente Plan 2005-2006⁴⁶⁴ consistió en actualizar cubrir el periodo, regularizándose el ritmo de trabajo con los países de reciente adhesión a la Unión. Entrañó gran dificultad para su seguimiento y evaluación. A diferencia de los anteriores, intentó cuantificar el progreso de las medidas. Este plan se integra en el I Informe Nacional sobre Estrategias para la Protección Social y la Inclusión Social en el Reino de España 2006-2008, junto a los Informes Nacionales de la Estrategia sobre el futuro de las pensiones y las Estrategias Nacionales de Asistencia Nacionales de Reformas⁴⁶⁵. El IV Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social (2006-2008) modificó la estructura de sus objetivos prioritarios, y aumentó su número, que se centran en combinar el crecimiento económico y bienestar social, sin olvidar la reducción de desigualdades y la prevención de la exclusión social. Además continuó contemplando medidas para consolidar el progreso conseguido en otras áreas sensibles a la exclusión como la vivienda, la salud, la inclusión en la sociedad de la información, así como una serie de acciones directas destinadas a los grupos más vulnerables.

El siguiente Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social fue elaborado en el 2008 en el marco del II Informe Nacional sobre Estrategias para la Protección Social y la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010. Consistió inicialmente en progresar en la adecuación del crecimiento económico con el incremento del bienestar social, desde un enfoque político coherente y eficaz para obtener una reducción progresiva de las desigualdades sociales y prevenir la exclusión social, garantizando la igualdad entre mujeres y hombres, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades para todos.

⁴⁶³ Aprobado por Consejo de Ministros el 25 de julio de 2003

⁴⁶⁴ Aprobado por Consejo de Ministros de 8 de septiembre de 2005.

⁴⁶⁵ Posteriormente el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social hace referencia al Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo que se materializa en el RD-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y el empleo.

Algunas de las actuaciones que en los tres primeros Planes venían contenidas dentro del área de Personas con Discapacidad, se recogen en el IV y V Plan, en el capítulo referente a actuaciones de “atención a la dependencia”. En materia de empleo, los planes recogen como prioridad el desarrollo de actuaciones específicas de mejora de la intermediación laboral para trabajadores con discapacidad, que se implementaron mediante la puesta en marcha de nuevos modelos de coordinación INEM, IMSERSO y CCAA y apoyaron la inserción laboral de las personas con discapacidad a través de programas financiados por el Fondo Social Europeo.

Posteriormente se aprobó la Estrategia Global de Acción para el Empleo de personas con Discapacidad 2008-2012 continúa con un repertorio de iniciativas y medidas⁴⁶⁶. Es un documento elaborado previa consulta a interlocutores sociales y organizaciones representativas y CCAA con el fin de orientar las grandes líneas de acción que debían acometerse. Se plantea porque la LISMI había cumplido 25 años, y era necesario realizar un análisis retrospectivo, por el mandato contenido en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y porque se considera una necesidad social. Pretende dotar de coherencia y racionalidad las políticas de empleo dirigidas a personas con discapacidad, generar un cambio significativo en las políticas de empleo dirigidas a estas personas y lograr un empleo de calidad para todos⁴⁶⁷.

Además, se han aprobado una serie de Planes dirigidos concretamente a personas con discapacidad. El I Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 1997-2002⁴⁶⁸, fue de gran importancia para la integración social y la mejora de la calidad de las personas con discapacidad. Para su desarrollo se contó con la colaboración activa de las CCAA, los Ministerios implicados y diferentes organizaciones. Se constituyó como un marco de referencia de las políticas de bienestar social llevadas a cabo en España. Se trataba de una propuesta política integral para el colectivo, que se estructuró en cinco planes sectoriales⁴⁶⁹ y cada uno en

⁴⁶⁶ Aprobada en Consejo de Ministros de 26 de septiembre de 2008.

⁴⁶⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R. Estrategia global de empleo de las personas con discapacidad y reequilibrio entre el empleo ordinario y empleo protegido. Un balance, entiende que las previsiones son un catálogo de buenas intenciones articuladas en tres apartados que no van a implicar resultado alguno ya que se limita a fomentar la creación de un registro de trabajadores de CEE a cuya puerta podrían llamar las empresas ordinarias para abastecerse de mano de obra. Considera que el conjunto de medidas adolece de diversos defectos.

⁴⁶⁸ Aprobado por la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales el 26 de noviembre de 1996, a propuesta del Congreso de los Diputados. Se estructura en cinco Planes sectoriales que se organizan en programas. Entre los planes se encontraba el referente a la Participación e integración en la vida económica, con tres programas: recuperación profesional, colocación e inserción laboral y protección económica y social.

⁴⁶⁹ Promoción de la salud y prevención de las deficiencias, asistencia sanitaria y rehabilitación integral, integración escolar y educación especial, participación e integración en la vida económica

programas. Se elaboró teniendo en cuenta los principios de promoción de derechos, vida independiente, igualdad de oportunidades, integración, participación y normalización. En el ámbito del empleo los objetivos se dirigían a garantizar formación profesional acorde con las capacidades, a través de programas de transición, fórmulas mixtas de formación y empleo, y mediante programas de readaptación profesional para discapacitados en situación de invalidez; potenciar la inserción en el medio ordinario, facilitando a personas severas simultáneamente trabajos protegidos y capacitación profesional práctica, creando fórmulas puente y garantizar a las personas en situación de invalidez, el derecho a prestaciones de la Seguridad Social y acceso a Servicios Sociales, generalizando las pensiones de invalidez o subsidio de desempleo a los que tuvieran imposibilidad para trabajar, establecer un sistema flexible de protección.

El anterior, fue seguido del II Plan de Acción para Personas con Discapacidad 2003-2007⁴⁷⁰, un Plan de la Administración General del Estado con propuestas para desarrollar, por sí solos o en cooperación, a los diferentes Ministerios. No era un plan integral sino que respondía a las grandes prioridades que para el sector de la Discapacidad se definieron desde el MTAS referidos a ámbitos competenciales propios (empleo, servicios sociales, seguridad social, etc.) o actuaciones intersectoriales como la atención sociosanitaria o la accesibilidad. El contenido se estratificaba en dos niveles de propuestas, directrices para políticas y propuestas de actuación. Incorpora la CIF y el enfoque de los derechos humanos..⁴⁷¹ Respecto a la inserción laboral identificaba los principales problemas como las carencias formativas y falta de experiencia, el proteccionismo familiar, la precariedad, poca estabilidad y bajas remuneraciones, la ausencia de servicios específicos de carácter público que ayudaran a la inserción laboral, la ausencia de apoyos tutelados como instrumento para configurar itinerarios personalizados, los prejuicios y barreras sociales, inexistencia de un concepto generalizado de las adaptaciones que se pueden realizar en los puestos de trabajo, ausencia de coordinación entre los interlocutores, y de una voluntad decidida de incorporar a todos los agentes sociales en la búsqueda de iniciativas novedosas, falta de accesibilidad al puesto, desfase en el uso y aprovechamiento de la información y la nuevas comunicaciones.

e integración comunitaria y vida autónoma. Disponible en línea [http://sid.usal.es/idocs/F8/8.4.1-2404/plan_espa.pdf].

⁴⁷⁰ Aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de diciembre de 2003. Se inserta en el enfoque de lucha contra la discriminación y accesibilidad universal de la LIONDAU. En materia de empleo tiene como objetivo concretar las Directrices del Plan Nacional de Acción para el Empleo y adecuarlas a las necesidades específicas de las personas con discapacidad.

⁴⁷¹ Disponible en línea

[<http://www.imsero.es/InterPresent1/groups/imsero/documents/binario/iipapcd20032007.pdf>]

Posteriormente se aprobó el Plan de Acción 2009-2010 de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012⁴⁷² en cumplimiento de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y responder a los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar la Convención, y transcurrido un tiempo desde la LISMI, lo que requería hacer un balance sobre su impacto y, en su caso, adoptar nuevas iniciativas. Introduce una nueva metodología para elaborar u poner en marcha políticas de empleo dirigidas a personas con discapacidad, con siete objetivos operativos y noventa y tres líneas de actuación, que abarcaban todos los ámbitos que impedían la plena integración sociolaboral. Incluía directrices a seguir con el fin último de aumentar las tasas de actividad y ocupación, así como la inserción laboral, y mejorar la calidad del empleo así como dignificar las condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación.

El III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2009-2012⁴⁷³ se creó con el fin de promover la autonomía, para que todas las personas con discapacidad se beneficien de todas las políticas de igualdad de oportunidades, reconociendo la discapacidad como un componente de la diversidad humana, favoreciendo de este modo, la cohesión en una sociedad compleja. Contiene objetivos y actuaciones en un área instrumental (investigación, información y cooperación) y en las siguientes áreas de carácter finalista: poder y participación, educación y cultura, empleo, salud, abusos y violencia, indicando en cada una de ellas los Ministerios y otros organismo competentes para llevarlo a cabo tanto públicos como privado. Respecto al empleo, desarrolla medidas en materia de formación ocupacional, empleo por cuenta ajena y autoempleo⁴⁷⁴. Respecto al empleo critica el problema de la inaccesibilidad, las bajas tasas de actividad, describe el perfil de las personas con discapacidad y enumera legislación positiva⁴⁷⁵. Para conseguir aumentar las

⁴⁷² Aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2009 para el periodo abril 2009 y el año 2010. Su objeto es impulsar y ejecutar las medidas de actuación previstas en la Estrategia, indicando los sujetos responsables de desarrollar diversas líneas de actuación y las previsiones temporales de los trabajos necesarios para ello.

⁴⁷³ Aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de julio de 2009. Sustituye al II Plan de Acción y su objetivo es promover la autonomía personal y garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales de las personas con discapacidad, flexibilizando los sistemas de protección social y las políticas públicas y asentando los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades, normalización y vida independiente, participación e integración, igualdad entre hombres y mujeres, accesibilidad universal diseño para todos, transversalidad, diálogo civil y cooperación institucional.

⁴⁷⁴ Aprobada en el Consejo de Ministros de 14 de octubre de 2011. Disponible en línea: http://www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/docs/III_PAPCD.pdf

⁴⁷⁵ Ley 8/2005, de 6 de junio, que permite compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado; El RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de ajuste personal y social de los CEE y el RD 870/ 2007, de 2 de julio por el que se regula el programa de empleo con apoyo

tasas de actividad y mejorar la calidad del empleo establece siete objetivos operativos y otros dos de naturaleza transversal relacionados con las nuevas tecnologías, variables que agravan la situación de inactividad. Se pretende remover barreras, potenciar la formación, diseñar nuevas políticas activas de empleo y mejorar la gestión promover mayor contratación en el empleo ordinario, renovar el empleo protegido, favoreciendo el tránsito al ordinario, mejorar las condiciones y combatir la discriminación

Finalmente, contamos con la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, que da cumplimiento a las recomendaciones efectuadas desde organismos internacionales en relación al empleo, educación y pobreza y exclusión social. Trata de impulsar la empleabilidad de un número creciente de personas con discapacidad, incorporar el factor discapacidad a la Estrategia Española de Empleo manteniendo los avances normativos en vigor y mejorándolos, promover las actuaciones precisas para fomentar y desarrollar la Nueva Economía de la Discapacidad y promover actuaciones específicas a favor de mujeres con discapacidad⁴⁷⁶.

La Estrategia Española para la Discapacidad 2012-2020 se basa en una serie de recomendaciones, entre ellas, las del Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011, de la OMS y el Banco Mundial en su Recomendación 3: “Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre discapacidad: Una estrategia nacional sobre discapacidad” que presenta una visión consolidada e integral a largo plazo para mejorar el bienestar de las personas con discapacidad que debería abarcar tanto las áreas de políticas y programas convencionales, como los servicios específicos para las personas con discapacidad. La formulación, aplicación y vigilancia de una estrategia nacional deberían aunar a todo el espectro de sectores y partes interesadas. También en las recomendaciones de la “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, y su correspondiente “Plan Inicial de ejecución. Lista de tareas 2010-2015”; y, por último en las recomendaciones del mandato genérico de la Resolución 16/15 del Consejo de Derechos Humanos relativa al papel de la cooperación internacional para la puesta en marcha de los derechos de

como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento de empleo que establece ayudas y bonificaciones para la contratación de personas con discapacidad.

⁴⁷⁶ El 1 de diciembre de 2006 el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007 donde se articularon una serie de medidas de acción positiva y otras de carácter transversal tanto en políticas generales como sectoriales. Dentro del área de empleo se establecieron como objetivos fomentar la adecuación de las competencias básicas y profesionales de las mujeres con discapacidad que no hubieran podido acceder a la educación formal, promover la incorporación en el mercado de trabajo de mujeres con discapacidad inactivas y desempleadas mediante medidas activas, adecuar las políticas de empleo a la situación de doble discriminación y promover el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público.

las personas con discapacidad, de la Resolución 65/185 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la realización de los objetivos de desarrollo del milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esta fecha, así como la 64/154 relativa al cumplimiento de la Convención y su protocolo facultativo.

Realizando un balance de todos los planes podríamos indicar que la evolución ha sido muy positiva. El primero establecía unos objetivos muy concretos pero era muy genérico en sus líneas estratégicas y, en ese sentido, cada plan fue superando al anterior por lo explícito. A pesar de su buena progresión formal, da la impresión de no existir coherencia entre ellos, cada plan no parece tener en cuenta el anterior para elaborar sus nuevos objetivos estratégicos. En este sentido, indicar que los objetivos que se planteaban en el primero podrían trasladarse a la actualidad, lo que hace plantearnos, hasta qué punto son eficaces. Faltan indicadores que midan los resultados.

Por otra parte, el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) han ido acordado diversos Planes⁴⁷⁷. Destacamos en primer lugar el Plan de Medidas Urgentes para la Promoción de Empleo de las Personas con Discapacidad de 15 de octubre de 1997 donde se acuerdan medidas destinadas a mejorar los niveles de empleo de las personas con discapacidad a través de medidas sobre la participación institucional, la intermediación laboral, la formación profesional o la contratación e inserción laboral. Algunas de estas medidas tuvieron como consecuencias reformas legislativas como el régimen aplicable a los Centros Especiales de Empleo o las modificación del régimen jurídico de la cuota de reserva con la introducción de medidas alternativas o reglas para el cómputo de la plantilla de la empresa.

El nuevo acuerdo, dio lugar al II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004 de 3 diciembre de 2002, sobre medidas para mejorar oportunidades de empleo de personas con discapacidad. En él se concretan medidas referentes a la intermediación laboral, formación e inserción laboral, contratación e inserción laboral, promoción de la iniciativa empresarial, adecuación del entorno social y laboral y la lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades. Se contempló la regulación de los enclaves laborales, del empleo con apoyo y la modernización de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo, el incremento de las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social por contratación de mujeres con discapacidad o personas con 45 años o más o las bonificaciones a los trabajadores autónomos⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ CASADO PÉREZ, D., "Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004, pp. 63-67.

⁴⁷⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R., "Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI", *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, nº56, 2003.

En septiembre 2014 se aprueba el plan de acción 2014-2016 de la Estrategia Española de Discapacidad⁴⁷⁹. En relación con el empleo se establece como objetivo estratégico “promover el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”. Los objetivos operativos para conseguirlo serán la promoción del acceso de las personas con discapacidad al empleo mediante itinerarios personalizados e informes de capacidades; posibilitar que las personas con discapacidad puedan establecerse como trabajadores autónomos, y asegurar la igualdad de oportunidades, condiciones laborales dignas y favorecer la conciliación a las personas con discapacidad; fomentar la contratación pública socialmente responsable y concienciar al empresariado y al sector público de las capacidades laborales de las personas con discapacidad⁴⁸⁰.

También debemos hacer referencia al Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre por el que se aprueba la Estrategia Española sobre Activación para el Empleo 2014-2016 y su incidencia sobre las personas con discapacidad. El eje 2 sobre Oportunidades de Empleo, incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, para aquellos colectivos con mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las víctimas de terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género. El Reglamento de Empleo establecerá la regulación que dará soporte a los distintos programas que puedan ejecutar las Comunidades Autónomas en materia de fomento de empleo e incluirá un marco normativo de programas estatales de Políticas Activas de Empleo dirigidas de manera integrada a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad que incluirá los contenidos mínimos que serán de aplicación en el conjunto del Estado⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Consejo de Ministros 12 septiembre 2014. Esta plan se basa en los principios de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad: Respeto de la dignidad y la vida independiente, no discriminación e igualdad de oportunidades, respeto por la diferencia, accesibilidad universal, diseño para todos, igualdad entre mujeres y hombres, participación e inclusión efectivas, respeto al desarrollo de la personalidad, transversalidad de políticas, colaboración con el movimiento asociativo.

⁴⁸⁰ El seguimiento y control será realizado por el Consejo nacional de Discapacidad y para una primera fase 2014-2016 se ha destinado un presupuesto de 3.093.622.781€. Se realizará un informe anual por el Observatorio Estatal de la Discapacidad.

[http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2014/refc20140912e_7.pdf]

Que las instituciones públicas tengan en cuenta para la elaboración de sus planes al CERMI otorga ciertas garantías. Recordemos que se trata de la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad que vela por la igualdad de derechos y oportunidades del colectivo. Realizan propuestas constructivas, articuladas y contrastadas técnicamente a las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

Resulta muy complejo tener una visión global de todos los planes y estrategias que se han elaborado ya que en muchas ocasiones incluso, se superponen las fechas. Es fácil encontrar cada Plan de manera independiente pero resulta una tarea ardua su estudio global. Esta complejidad aumenta, pues como veremos a continuación, existen, además planes de acción autonómicos, que vienen a dificultar aún más el proceso.

3.2.2.4 Planes de acción autonómicos

Las Comunidades Autónomas en virtud de sus competencias aprueban sus programas y planes propios dirigidos a la inserción laboral de personas con discapacidad. También han asumido las competencias en materia de intermediación en el mercado de trabajo, gestión y control de las políticas de empleo o gestión de la formación ocupacional, entre otras, del Servicio Estatal Público de Empleo en el ámbito del trabajo y la formación⁴⁸². Citamos como ejemplo los Planes de Acción de la Comunidad de Madrid: El I Plan de Acción para Personas con Discapacidad 1999-2002 cuyo mayor avance fue la creación de la Red Pública de Atención a personas con discapacidad de la Comunidad de Madrid; el II Plan 2005-2008 que tuvo como eje la perspectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad⁴⁸³. Uno de los mayores retos fue el de la activación de la inserción laboral de personas con discapacidad y par ello se promovió alcanzar el adecuado cumplimiento de las cuotas de reserva tanto en el sector público como privado, se avanzó en la sensibilización mediante la mejora de la imagen social en relación con el empleo y motivación a empresarios para la contratación de personas con discapacidad y se dio continuidad a las acciones de formación para el empleo, adecuándolas a las necesidades reales del mercado laboral. Desde la Consejería de Asuntos Sociales se hizo un esfuerzo para

⁴⁸¹ CABRA DE LUNA, M. A. RD 751/2014, de 5 de septiembre. *Incidencia sobre las personas con discapacidad*. El CERMI considera esta mención de singular importancia, dada la tendencia observada en algunas comunidades a reducir dichos importes, particularmente en el caso de las ayudas al empleo en centros especiales de empleo. Disponible en línea [<http://www.cermi.es/es-ES/Novedades/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=1781>].

⁴⁸² SARAGOSSA I SARAGOSSA, J.V., "El marco institucional del empleo: la gestión pública del empleo" en AAVV. *Derecho del Empleo*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 131-134.

⁴⁸³ Convivió con el Plan de Atención social a personas con enfermedad grave y crónica de la Comunidad de Madrid 2003-2007

conseguir la mayor inserción laboral posible mediante programas cofinanciados por el Fondo Social Europeo. Con el fin de ofrecer la posibilidad de acceder al mercado ordinario y sensibilizar a la sociedad de la importancia de la integración, surge en 2007 la Feria de Empleo para personas con Discapacidad que desde entonces se ha celebrado anualmente. Estos programas tuvieron continuidad durante el periodo 2009-2011⁴⁸⁴. Por último, en el III Plan de Acción para Personas con Discapacidad 2012-2015 se renueva el compromiso de los planes anteriores. Para su elaboración se han implicado todos los sectores relacionados con la discapacidad, persigue promover la vida independiente, conseguir la igualdad de oportunidades y avanzar en la plena inclusión y en él establece un programa concreto de atención a personas con enfermedad mental grave y duradera que contempla su integración laboral a través de recursos y programas específicos.

La organización del Estado y el reparto competencial hace que cada CCAA tenga atribuidas funciones para elaborar sus propios planes, lo que puede generar diferencias entre unas y otras. En concreto, la CAM, realiza una clara apuesta por la integración laboral de las personas con problemas de salud mental, de lucha contra el estigma y de implantación de políticas con objetivos específicos para mejorar la empleabilidad y el apoyo a la vida independiente.

3.2.3 Fomento de empleo de personas con discapacidad

Las ayudas directas para fomentar el trabajo de personas con discapacidad se contemplan, por primera vez, en el VII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo de 1968⁴⁸⁵. Meses más tarde, se crean ayudas y subvenciones para la creación y/o desarrollo de centros de empleo protegido así como para el alojamiento y manutención de personas con discapacidad⁴⁸⁶. Posteriormente, en 1970, se aprueba el Decreto 2531/1970, sobre empleo de trabajadores minusválidos que introduce la figura de cuota de reserva incentivando la contratación de personas con discapacidad en empresas ordinarias y regulando ayudas a la creación, mejora o ampliación de centros de empleo protegido así como bonificaciones de la cuota a la Seguridad Social. En 1973⁴⁸⁷, se establecen ayudas a fondo perdido o préstamos a los centros de empleo protegido, dependiendo de su rentabilidad. En 1975⁴⁸⁸, se continúa el apoyo a estos centros a

⁴⁸⁴ En 2009 se aprobó la Ley 1/2009 de 15 de junio para la Creación de una Comisión Permanente no Legislativa para las Políticas Integrales de la Discapacidad . BOCM de 22 de junio de 2009.

⁴⁸⁵ Aprobado mediante Orden de 15 de enero de 1968.

⁴⁸⁶ Orden de 7 de noviembre de 1968.

⁴⁸⁷ Orden de 26 de abril de 1973.

⁴⁸⁸ Decreto 1378/1975

través de un aumento de las bonificaciones a las cotizaciones a la Seguridad que se fijan en un 75 o un 100 por 100 dependiendo de si el trabajador era menor o igual o mayor de 55 años respectivamente. También se destinaron ayudas a las empresas ordinarias mediante bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social que podían llegar hasta el 100 por 100. En 1976⁴⁸⁹ se establecen subvenciones, para la adquisición de útiles y herramientas para el ejercicio de actividades por cuenta propia así como par trabajadores en paro, con derecho a percibir prestaciones por desempleo, en determinadas circunstancias. Entre 1976 y 1981 se aprueban diversos Planes de Inversión, con el fin de desarrollar ayudas para el acceso al empleo ordinario o protegido de trabajadores con discapacidad que incluyen subvenciones para adquirir material, adaptar puestos de trabajo o compensar el coste del Salario Mínimo Interprofesional⁴⁹⁰. Es en la Ley Básica de Empleo de 1980⁴⁹¹, desarrollada mediante el Real Decreto 620/1981⁴⁹² donde se establece un programa de fomento de empleo con grandes beneficios para las personas con discapacidad. Las ayudas para personas en edad laboral, situación de desempleo incapacidad laboral reconocida con una pensión inferior al SMI y discapacidad compatible con la actividad a desempeñar en empresas ordinarias o especiales, podrían beneficiarse de ayudas para la adaptación del puesto, adquisición de útiles y herramientas, materias primas iniciales y gastos de apertura del negocio.

El Real Decreto 1327/1981, sobre el Programa de Empleo para trabajadores minusválidos dispone que el Instituto Nacional de Empleo podría conceder subvenciones de 1.803,4 euros por cada contrato realizado a jornada completa⁴⁹³, y bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social entre el 70 al 90 por 100 dependiendo de si el trabajador era menor o mayor de 45 años. Al año siguiente, el Real Decreto 1445/1982 desarrollado por la Orden de 5 de marzo de 1982, regula ayudas para la promoción profesional (para la recuperación profesional, capacitación, adiestramiento o reconversión) y para la integración profesional de

⁴⁸⁹ Orden de 24 de enero de 1976

⁴⁹⁰ También se mantuvieron las bonificaciones a la Seguridad Social establecidas por el Real Decreto 1378/1975 y, a partir de 1980, se establecieron subvenciones por cada puesto de trabajo que mantuviese o aumentase el nivel de empleo.

⁴⁹¹ Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo BOE núm. 250 de 17 de octubre de 1980. Vigente hasta el 6 de enero de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE. núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

⁴⁹² Real Decreto 620/81, de 5 de febrero 1981, de Régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos. BOE núm. 82, de 6 de abril de 1981.

⁴⁹³ Las empresas beneficiarias se debían comprometer a mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores por un mínimo de tres años. En caso de despido o extinción de contrato por causas objetivas los trabajadores debían ser sustituidos por otros con discapacidad. Estas ayudas se mantuvieron en el Real Decreto 1445/1982.

trabajadores por cuenta propia o ajena. En 1982 la Ley de Integración Social del Minusválido contempla tanto la política asistencial como la promoción del empleo. A partir de entonces se generan medidas específicas para fomentar la inserción laboral en el empleo protegido, el empleo con apoyo, el empleo ordinario, y el empleo autónomo ⁴⁹⁴ que serán abordadas en el siguiente Capítulo.

Uno de los principios que consagra la Convención es el mantenimiento en el empleo en los supuestos de discapacidad sobrevenida. Un principio que resulta clave si tenemos en cuenta que, a efectos de integración de este concreto colectivo, deviene determinante el momento de la intervención, pues tanto la motivación, como la cualificación van en descenso a medida que aumenta el tiempo de inactividad ⁴⁹⁵. Lo cierto, es que nuestro ordenamiento jurídico se ha preocupado más por la garantía de una pensión que por el mantenimiento del empleo ⁴⁹⁶. El artículo 27.1 de la Convención exige a los gobiernos que salvaguarden el derecho al trabajo, incluso, de las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y en el apartado k) de este mismo artículo se impone a los Estados la obligación de promover el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad ⁴⁹⁷. Esto ha sido recogido por el Real Decreto Legislativo 1/2013 de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social en los artículos 35 a 49.

El informe que a finales de 1997 hizo la Comisión de expertos sobre Normas y Convenios Internacionales del Trabajo señaló que el temor a la pérdida de la pensión constituye uno de los obstáculos más importantes para facilitar la readaptación profesional y el empleo de las personas minusválidas y que, por ello, las medidas de protección social, aunque han de procurar el beneficio de todos los miembros de la sociedad sin exclusión, no deben impedir la reintegración de las personas discapacitadas. Para ello recuerda algunas experiencias que tratan de conectar de forma flexible el empleo y la prestación de incapacidad, ya sea conservando una parte de la pensión de invalidez durante un periodo de tiempo,

⁴⁹⁴ Un amplio análisis estas políticas se pueden encontrar en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. «Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?» En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 101, pp. 77-82.

⁴⁹⁵ CUETO IGLESIAS, M^a B. (Resp.) *El empleo después de la incapacidad permanente: Trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado y Seguridad Social, 2008, p.105.

⁴⁹⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 246, nota al pie 91.

⁴⁹⁷ MERCADER UGUINA, J. R., *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad y del trabajo*, Madrid, Lex nova, Thomson Reuters, 2013, p. 130.

ya permitiendo la recuperación de la prestación si la capacidad de ganancia, efectivamente, no se ha recuperado⁴⁹⁸.

Las medidas dirigidas al mantenimiento del empleo de personas con discapacidad se orientan, exclusivamente, a la contratación *ex novo* y a la transformación de determinados contratos temporales en indefinidos. No se reconocen incentivos al mantenimiento del empleo del trabajador que adquiriera una discapacidad, o al que se le reconozca una incapacidad permanente durante el desarrollo de su relación laboral⁴⁹⁹.

Si ponemos en relación dicha situación con la compatibilidad entre prestaciones y trabajo, se puede determinar que el legislador no apuesta por el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad sobrevenida puesto que dificulta, o al menos, no incentiva, dicho mantenimiento, sino la nueva contratación⁵⁰⁰

En el mismo sentido, hay que poner en este contexto la llamativa ausencia de reconocimiento de incapacidad permanente parcial en trabajadores de cualquier tipo de actividad laboral, que supone, en la práctica, la inexistencia de una política de mantenimiento de la vida activa laboral de los trabajadores que han sufrido esta situación⁵⁰¹

Una empresa podría acordar la resolución de una relación laboral con el empleado que ha sufrido una discapacidad sobrevenida, teniendo la intención de contratarle posteriormente para beneficiarse de los correspondientes incentivos por la contratación *ex novo* de trabajadores discapacitados. Para evitar esto el programa de empleo que afecta a desempleados con discapacidad, deja fuera de su ámbito de aplicación a quienes en los 24 meses anteriores a la contratación, hubieran prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad, mediante un contrato por tiempo indefinido⁵⁰². Al estar incentivando la contratación por otra empresa, está penalizando la conservación del empleo en la empresa anterior.

⁴⁹⁸ RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Prólogo" en JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, A y otros. *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid 1999, p. 8.

⁴⁹⁹ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad y del trabajo*. Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013, p.131.

⁵⁰⁰ Vid. *infra* apartado 4.2.2.

⁵⁰¹ Vid. *infra* apartado 17.

⁵⁰² Artículo 6.3 Ley 43/2006 "cuando se trate de contrataciones con trabajadores con discapacidad, solo les será de aplicación las exclusiones de la letra c) [contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación....], si el contrato previo hubiera sido

El Estatuto de los Trabajadores establece como causas de extinción del contrato de trabajo la merma de la capacidad profesional por incapacidad permanente o por ineptitud sobrevenida⁵⁰³. La pérdida o deterioro de las facultades profesionales derivados de una discapacidad producida durante la relación laboral podría ser justa causa de despido objetivo vía artículo 52.a) del ET, en la medida en que encontraría encuadre en el concepto de ineptitud sobrevenida, definido por la jurisprudencia como la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.”⁵⁰⁴.

por tiempo indefinido, y de la letra d) [trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo] así como la establecida en el apartado 2 [las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en este Programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo].

⁵⁰³ Artículos 49.1 e) y 52 a) del Estatuto de los Trabajadores

⁵⁰⁴ STS 2-5-1990 (RJ 1990/3937)

CAPÍTULO II INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el capítulo anterior quedó reflejado cómo nuestro ordenamiento contempla una serie de medidas de empleo selectivo que tienen por objeto favorecer el retorno a la empresa de trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que, con posterioridad, recuperan su capacidad laboral, e identificamos otras alternativas para que los trabajadores con discapacidad sobrevenida, tengan derecho a ser recolocados en otro puesto compatible con su capacidad.

Aquellos trabajadores que no recuperan su capacidad y tienen el reconocida una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, podrán beneficiarse de las políticas de empleo dirigidas a personas con discapacidad. En el presente capítulo se sistematizarán los tipos de empleo que nuestra normativa recoge.

El 3 de diciembre de 2013, fecha en la que se celebra el Día Internacional de las Personas con discapacidad se publicó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en adelante, TRLGDPD. Este Texto tiene como referente principal la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁰⁵ que hace un reconocimiento jurídico expreso de que las personas con discapacidad son titulares de derechos, y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio pleno.

Esta Ley responde a una petición del movimiento asociativo de la discapacidad⁵⁰⁶, que fue atendida a través del mandato contenido en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁰⁷. Dicho mandato⁵⁰⁸ tuvo por objeto regularizar, aclarar y armonizar tres Leyes emblemáticas que quedan refundidas en un solo texto:

⁵⁰⁵ Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, momento a partir del cual y en virtud de lo establecido en el apartado primero del art. 96 de la Constitución Española, éste forma parte de su ordenamiento interno, siendo de obligado cumplimiento.

⁵⁰⁶ El propio CERMI en su Informe sobre contenidos más novedosos del Real Decreto Legislativo 1/2013 expresa que la Ley ha sido elaborada en constante diálogo con el sector, cuyo papel esencial hay que destacar, en la medida en que ha permitido comprender las dificultades y las barreras con las que todavía tienen que enfrentarse las personas con discapacidad en España e identificar sus intereses.

⁵⁰⁷ En la redacción dada en la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, cuyos preceptos quedan, en su mayoría, recogidos en el Título I de la nueva norma.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyas disposiciones quedan recogidas, fundamentalmente, en el Título II de la nueva Ley.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad cuyos contenidos se encuentran en el Título III.

El TRLGDPD⁵⁰⁹ incluye la protección de las personas con discapacidad en el empleo⁵¹⁰ y en su art. 37 ordena, por primera vez⁵¹¹, de forma sistemática, los tipos de empleo a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo⁵¹²: el empleo ordinario en el que se encuentra el empleo con apoyo; el empleo protegido, que incluye tanto los centros especiales de empleo como los enclaves laborales y, por último, el empleo autónomo. En realidad el empleo autónomo es una forma de empleo ordinario, pero el legislador ha preferido darle un carácter independiente.

La norma describe quiénes son los titulares de los derechos que en ella recoge y, tras definir de forma genérica el concepto de personas con discapacidad (art. 4.1)⁵¹³, aclara de manera explícita la situación de las personas con incapacidad laboral: cuando a un trabajador le es reconocido un grado de incapacidad laboral total, absoluta o gran invalidez pasa automáticamente a ser considerado persona

⁵⁰⁸ Renovado mediante la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

⁵⁰⁹ Se rige por los principios de respeto a la diferencia y la diversidad, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad universal, la normalización, el diseño universal, la participación e inclusión plenas y efectivas, el diálogo civil, el respeto a la personalidad y la transversalidad de las políticas.

⁵¹⁰ Así como en el resto de los ámbitos, desde la igualdad de oportunidades hasta la atención sanitaria, pasando por la educación.

⁵¹¹ Teniendo en cuenta lo recogido ya en la LISMI, en su artículo 38. En realidad el empleo autónomo o por cuenta propia es una forma de empleo ordinario y debería incluirse en tal apartado.

⁵¹² Nótese el cambio de denominación del Capítulo VI del Título I “Derecho al trabajo del RD-L 1/2013 que viene a sustituir el Título VIII de la LISMI “De la integración laboral”, lo que demuestra el esfuerzo por pasar del modelo asistencial al de derechos.

⁵¹³ “...aquellas que presentan deficiencias física, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”. Vid. *ut supra* apartado 1.3.2.

“discapacitada” a todos los efectos, con un mínimo de porcentaje reconocido del 33%⁵¹⁴.

Esta norma supone la conexión jurídica entre dos realidades distintas que se determinan a través de órganos diferentes. Estamos ante un gran avance, puesto que es la primera vez, tras años de reivindicación permanente por parte de los colectivos sociales, que una norma vincula una resolución del ámbito de las prestaciones laborales con el derecho al reconocimiento de persona con discapacidad sin tener que acudir a un procedimiento administrativo largo y sin garantías. Una vez establecida la situación de discapacidad, el trabajador tendrá los derechos que le son reconocidos por dicha circunstancia, entre ellos, el acceso al empleo para personas con discapacidad⁵¹⁵.

Quedan así despejadas las dudas que pudieran surgir respecto a si las personas con incapacidad se podrían beneficiar de las ayudas u otras medidas para la generación de distintas clases de empleo de personas con discapacidad, si bien, en la práctica, ese reconocimiento no es del todo “automático” y requiere que el titular del derecho lo solicite ante los organismos correspondientes.

El TRLGDPD ha supuesto un gran avance desde el punto de vista jurídico, igualando las oportunidades laborales y la participación e inclusión efectivas de este importante grupo de trabajadores⁵¹⁶. Las primeras disposiciones de carácter general dirigidas a promover el empleo de personas con discapacidad datan de los años setenta⁵¹⁷ y éstas sólo se dirigían al sector privado, aunque posteriormente afectarían a la reserva de plazas públicas⁵¹⁸.

⁵¹⁴ De acuerdo al art. 4.2 Real Decreto-Ley 1/2013 que incorpora el anterior art. 1.2 LIONDAU. Realizamos la interpretación atendiendo a la literalidad del precepto pero a juicio del TS la expresión “en todo caso” del art. 1.2 Ley 51/2003 a lo que realmente hace referencia es a que con independencia de la determinación del grado de minusvalía, y sólo a los efectos de la Ley, los derechos contenidos en la norma desplegarán toda su eficacia sobre los incapacitados totales o superiores, sin que ello implique automáticamente que por tal circunstancia obtengan la consideración legal de minusválidos a efectos de la LISMI. STS de la Sala 4ª de lo Social de 21 de marzo 2007 (REC. 3872/2005).

⁵¹⁵ La LIONDAU incorporaba este precepto pero con su redacción “a efectos de esta ley” excluía la aplicación del art. 1.2 al ámbito laboral. Tras la aprobación del TRLGDPD, entendemos, queda desautorizada la doctrina del Tribunal Supremo, iniciada con la STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3539) que considera no asimilable esa situación.

⁵¹⁶ El objeto de este Real Decreto-Ley 1/2013 es garantizar la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio efectivo de los derechos de igualdad de condiciones de personas con discapacidad respecto del resto de los ciudadanos, a través de la autonomía personal, la accesibilidad universal, y el acceso al empleo, e intentar alcanzar la máxima autonomía e independencia personas a través de la implementación de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

⁵¹⁷ Decreto 12531/1979, de 20 de agosto, por el que se establecen medidas de rehabilitación médica, formación profesional, empleo protegido, asistencia social y promoción social, algunos de

A pesar de ello, no podemos ignorar las críticas que el Comité Económico y Social (CES) ha dejado reflejadas en su Dictamen 3/2011⁵¹⁹. El CES considera que queda pendiente de abordar de manera clara y decidida la regulación relacionada con el empleo y la inclusión social. Evidencia que hubiera sido deseable la inclusión de un capítulo específico sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, así como una mayor participación de los interlocutores sociales y una mayor concreción en lo que respecta a la evaluación de su impacto económico. También considera necesario una mayor aclaración de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo así como no limitar las actividades formativas impartidas en las empresas a un contrato de formación y aprendizaje⁵²⁰ sino dar la posibilidad de desarrollar actividades formativas bajo otros modelos contractuales⁵²¹. A pesar de refundir tres leyes clave en materia de discapacidad no contempla la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites de dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, la Ley 41/2003, de 10 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad o la Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre el empleo público de los discapacitados.

Parte fundamental para la aplicación real de una norma es la posibilidad sancionadora por su incumplimiento. Destacamos el contenido del Título III dedicado a las Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad, recoge

cuyos preceptos fueron objeto de nueva redacción mediante Decreto 1378/1975, de 12 de junio, y Real Decreto 1567/1976, de 7 de junio.

⁵¹⁸ La Orden del Ministerio de Trabajo, de 11 de enero de 1974, sobre empleo de trabajadores minusválidos y mayores de 40 años por Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, establece la reserva del 75 por 100 de las vacantes que se convoquen... en las distintas categorías o puestos de trabajo comprendidos en los Grupos o Cuerpos de personal Subalterno.

⁵¹⁹ El Consejo Económico y Social ha abordado el tema de la discapacidad en diversos dictámenes como Dictamen 4/2003 sobre el Anteproyecto de Ley de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social; el Dictamen 5/2003 sobre el Anteproyecto de Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad; el Dictamen 10/2010 sobre el Anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Dictamen 3/2011 sobre el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Asimismo, ha tratado la cuestión en diversos informes entre los que cabe destacar, el Informe 5/1995, La situación de empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación; el Informe 4/2003, La situación de las personas con discapacidad en España y el Informe 3/2008, El Borrador del V Plan nacional de acción para la inclusión social. También se ha hecho eco de las distintas dimensiones de las personas con discapacidad en sus Memorias anuales sobre la situación socioeconómica y laboral de la nación.

⁵²⁰ El RD-L 1/2013 contempla la necesidad de establecer un vínculo contractual entre la persona discapacitada y el empresario a través de un contrato de aprendizaje.

⁵²¹ Dictamen 9-2013 del Consejo Económico y Social (CES) de 23 de octubre de 2013 sobre el Proyecto del Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

los artículos de la Ley 49/2007. Amplía las sanciones a las infracciones graves. La Disposición Adicional décima sobre Información a las Cortes Generales sobre el régimen de infracciones y sanciones, modifica el plazo concedido al Gobierno para presentar el informe que se establece en un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley⁵²².

Los derechos regulados en esta Ley se refieren al sistema especial de prestaciones sociales y económicas, protección de la salud, atención integral, educación, vida independiente, trabajo, protección social y participación en asuntos públicos. Se reconoce el derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, se definen los tipos de empleo y se prevén ayudas y otras medidas.

El TRLGDPD recoge que la finalidad de la política de empleo será aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación (art. 37.1). La norma no establece ninguna jerarquía o preferencia por el empleo ordinario frente al protegido, pero entendemos que una verdadera integración, requiere aspirar al empleo ordinario. Creemos que ese es el espíritu de la norma al reflejar que para conseguir el anterior fin las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

4 Empleo ordinario

El TRLGDPD (arts. 40 a 42) contempla medidas de acción positiva necesarias para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo⁵²³.

Se puede acceder a esta modalidad de empleo desde el ámbito privado, público o autónomo y entre las medidas establecidas para fomentar este tipo de empleo se encuentran las siguientes:

- Aquellas medidas dirigidas a facilitar la incorporación de las personas con discapacidad a la empresa ordinaria, como serían la cuota de reserva de

⁵²² La Disposición Adicional sexta de la Ley 49/2007, señalaba que el Gobierno debía presentar, tras cuatro años desde la entrada en vigor de aquella Ley, a las Cortes Generales un informe anual.

⁵²³ De manera análoga a las que aparecían en los anteriores arts. 37 bis y 38 LISMI.

puestos de trabajo (art. 42 TRLGDPD) y las ayudas a la generación de empleo como subvenciones, préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideren adecuadas, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de economía social (art. 39 TRLGDPD). Existen otras alternativas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Entre ellas se encuentran la obligación de los empresarios a adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa (art. 40 TRLGDPD). Debido a su trascendencia, se abordará este tema en el último capítulo de este trabajo⁵²⁴.

- Las medidas fijadas para el acceso al empleo público. En este caso, la cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad en todas las Administraciones Públicas es del 7 por 100. Esta cuota se establece en la Ley 7/2007 y se regula para la Administración del Estado en el Real Decreto 2271/2004. De acuerdo con esta norma, en las pruebas selectivas de ingreso a la Administración, las personas con discapacidad disponen de las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempos y medios para su realización así como la preferencia en la elección de plazas y la adaptación del puesto de trabajo.
- Las medidas destinadas al fomento del empleo autónomo para el establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social (art. 47 TRLGDPD⁵²⁵). Se describen en los siguientes apartados.

4.1 Cuota de reserva en el sector privado

Las empresas públicas y privadas con más de 50 trabajadores tienen obligación legal de reservar, al menos, el 2 por 100 de puestos de trabajo para las personas

⁵²⁴ Vid. *infra* capítulo III.

⁵²⁵ Véase Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Disposición adicional undécima. Sobre reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.; Dictamen 1183/2013, del Consejo de Estado y Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

con discapacidad⁵²⁶. La normativa⁵²⁷ no precisa el modo contractual bajo el que deben encontrarse los trabajadores para computar a efectos de cumplimiento de la cuota, por lo que resulta indiferente que las personas con discapacidad sean contratadas por tiempo indefinido o por duración determinada, a tiempo completo o a tiempo parcial⁵²⁸.

Es una medida de discriminación positiva cuya posible polémica acerca de su legitimidad y su compatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación ha quedado resuelta tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵²⁹ como por nuestro Tribunal Constitucional⁵³⁰.

Los sistemas de cuotas tienen larga tradición en diferentes países aunque su grado de eficacia no ha sido elevado en la inmensa mayoría de ellos. Su formulación más básica consiste en la obligación de las empresas del sector público y privado que cuenten con un determinado número de empleados de garantizar que un porcentaje de los mismos sean para personas con discapacidad⁵³¹ y pueden dividirse en tres grupos básicos:

⁵²⁶ El cómputo se realiza sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Se entiende que están incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. art. 42 TRLGDPD.

⁵²⁷ El artículo 42 contempla la obligación de la fijación de la cuota de reserva mínima de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que debe alcanzar al 2 por 100 de los trabajadores que empleen a 50 o más trabajadores. Esta cuota es la misma que recogía el art. 38 LISMI.

⁵²⁸ TUSQUET DEL PINO, P., "La obligación de reserva de empleo a favor de la contratación de trabajadores minusválidos y la aplicación de las medidas alternativas de carácter excepcional", *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, nº12, 2000, pp. 16-17. NUÑEZ GONZÁLEZ, C. "La nueva configuración de la reserva de empleo para los trabajadores con discapacidad", *Actualidad laboral*, nº1, 1999, p. 242 señala que con anterioridad a la LISMI, la Administración entendía que para que el trabajador con discapacidad pudiera computarse en la cuota de reserva debía estar vinculado a la empresa mediante un contrato indefinido y a jornada completa. ESTEBAN LEGARRETA, R., "Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad " en ROMERO RÓDENAS, M^a. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 38 considera que no exigir una modalidad contractual completa supone renunciar a la inserción plenamente normalizada de las personas con discapacidad sí puede favorecer el cumplimiento de la cuota.

⁵²⁹ TJUE 17 octubre de 1995, asunto C-450/93 Eckhard Kalanke. Freie Hansestadt Bremen y STJUE de 11 de noviembre de 1977, asunto C-409/95 Helmut Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen.

⁵³⁰ STC 128/1997 de 16 de julio o STC 209/1994 de 3 de octubre.

⁵³¹ THORNTON, P., "Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y Fondos Nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía práctica" en VISIER, L., THORNTON, P. Y MORA GONZÁLEZ, V. *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000, pp.99 y 100.

- El sistema de cuotas acompañado de tasas. Se trata de una cuota obligatoria y todos los empleadores a los que se les aplique y no la respeten deberán pagar una multa o tasa. Esta contribución económica puede responder a un último recurso, ante la imposibilidad de empleo directo, o bien a libre elección de la empresa implicada. El dinero recaudado se destinaría a un fondo de apoyo al empleo de personas con discapacidad⁵³².
- Una cuota obligatoria que no se acompaña de sanciones efectivas y/o un mecanismo de exigibilidad. Sistema en el que los empresarios también están obligados a contratar a un porcentaje de personas con discapacidad pero sin que esta obligación esté acompañada de sanción efectiva para el caso de incumplimiento, bien porque no existe o bien porque, aun existiendo, no se aplica en la práctica⁵³³.
- Cuota no obligatoria basada en una recomendación. Los empresarios no están obligados por Ley a contratar un porcentaje de personas con discapacidad sino que se recomienda su realización siendo una medida voluntaria y sin sanciones previstas en caso de incumplimiento.⁵³⁴.

Las cuotas se introdujeron originalmente para promover puestos de trabajo para personas con discapacidad, por lo que el sistema de cuotas acompañado de tasas parece ser el que más fomenta el empleo de personas con discapacidades, en relación con otras modalidades⁵³⁵.

Podría plantearse si es adecuado que las personas con un mayor grado de discapacidad computen igual que otras con un menor grado ya que esto fomentaría la integración de estos últimos⁵³⁶. Esta propuesta resulta muy interesante aunque

⁵³² Alemania fue uno de los primeros países en adoptar en 1974 este sistema de cuotas acompañado de tasas. También ha sido adoptado por Francia donde los fondos obtenidos por incumplimiento de la cuota obligatoria pueden utilizarse para financiar la formación profesional de personas con discapacidad. También contempla medidas alternativas. En Japón, la cuota varía en función del índice de empleo a tiempo completo y del desempleo en el mercado de trabajo global.

⁵³³ Esto es lo que ha ocurrido en Tailandia, cuya Ley sobre Rehabilitación de personas discapacitadas de 1991 contemplaba la reserva pero sin mecanismo de ejecución lo que tuvo un efecto limitado.

⁵³⁴ En los Países Bajos existía, a mediados de los años 1980, un sistema de cuotas del 3 a 5 por 100. En la Unión Europea, el porcentaje de la cuota ha oscilado entre el 2 por 100 de España y el 15 por ciento de Italia, donde la cuota se aplicaba no solo a las personas con discapacidad sino también a viudas, huérfanos y refugiados.

⁵³⁵ OIT, *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación: directrices*, Ginebra, OIT 2007, pp.35-41.

⁵³⁶ *Ibíd*em, la OIT entiende que un sistema de cuotas será más eficaz si las personas con discapacidades graves o aquéllas en quienes concurra alguna circunstancia adicional puede

presenta como inconveniente que, de esta manera, se reduciría el número global de personas con discapacidad que deben ser contratadas por las empresas obligadas⁵³⁷.

4.2 Cuota de reserva empleo público

En el sector público ha predominado históricamente la pauta de exclusión de personas con discapacidad⁵³⁸. El Real Decreto 152/1985, de 6 de febrero, aprueba la primera oferta de empleo público, en la que se establecen medidas de accesibilidad que se extienden a todas las plazas funcionariales y laborales de la Administración Central, Organismos Autónomos y Seguridad Social, excepto las de personal estatutario y laboral de esta última.

Las carencias que se evidenciaron desde su origen dio lugar a un programa de colaboración entre el Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Discapacidad y las Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para dar apoyo y seguimiento a las medidas de accesibilidad para las personas con discapacidad que se incluyeran en las ofertas de empleo público. Las medidas promovidas se inspiran en cuatro pautas: universalización de la accesibilidad; supresión de requisitos de exclusión por deficiencias, salvo en el caso de incompatibilidad real con las funciones y tareas a desempeñar; previsión de adaptaciones en las condiciones de realización de las pruebas selectivas; y cuota de plazas reservadas. En 1993 se difundieron por primera vez “Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso al empleo público de las personas con discapacidad” que han sido actualizadas e incorporadas en el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles del estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo⁵³⁹.

equivaler a más de un puesto. LAHERA FORTEZA, J. “Acceso al Mercado Laboral...,” op. cit. p.103. También defiende esta postura. CASADO PÉREZ, D. . Disponible en línea [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/50/Est03.pdf]

⁵³⁷ CORDERO GORDILLO, V. Régimen jurídico del empleo... ..op. cit. pp. 107 y 108.

⁵³⁸ Uno de los requisitos de admisión para los aspirantes a funcionarios era “no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones”. Este criterio razonable, se reglamentó en numerosos casos de manera abusiva estableciendo cuadros de exclusión por incapacidades para ciertos cuerpos y escalas no fundamentados en exigencias funcionales. Sólo existía tradición de medidas dirigidas a favorecer su acceso al empleo público en el caso de mutilados de guerra.

⁵³⁹Una recopilación de las políticas llevadas a cabo desde 1986 hasta 1999 podemos encontrar en CASADO PÉREZ, D. Introducción. El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público en *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, 13ª edición, Madrid, Real Patronato sobre discapacidad, 2002. Disponible en línea

La persona con discapacidad dispone de un derecho abierto a la participación en los concursos, si bien para el caso de que opte por las plazas reservadas, deberá formularlo expresamente en la solicitud junto con la declaración de que reúne el grado de discapacidad requerido, acreditando mediante certificado expedido o bien por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o bien por la Comunidad Autónoma Competente⁵⁴⁰. La acreditación de la discapacidad no es exigible al solicitar la participación en el concurso, sino que tal circunstancia deberá acreditarse posteriormente a la publicación de la lista de aprobados⁵⁴¹ momento en el que el certificado deberá señalar que la persona tenía la discapacidad requerida en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes y no en un momento posterior⁵⁴².

En la actualidad, la reserva de plazas viene regulada en RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad⁵⁴³. Este Real Decreto⁵⁴⁴, tiene como objetivo fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, sin perjuicio de la igualdad de condiciones de acceso que debe imperar entre los candidatos a la cobertura de puestos de empleo

[http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/2802/programa_pro_acceso_personas_con_discapacidad_empleo_publico.pdf?]. Vid. *infra* apartado 12.

⁵⁴⁰ Art. 2.1 RD 2271/2004. En la práctica, salvo en las Ciudades de Ceuta o Melilla el documento lo expide el organismo autonómico correspondiente.

⁵⁴¹ Art. 18 RGI y 2.1RD2271/2004. Ni el certificado de “minusvalía”, para quienes opten por plazas reservadas, ni otros documentos que pudieran ser necesarios para decidir sobre las adaptaciones de pruebas deben exigirse al interesado con carácter previo (desde nuestro punto de vista esto impediría realizar el examen en óptimas condiciones). Sí podrá demandarse la acreditación cuando el aspirante solicite la exención del pago de los derechos del examen, cuando ello esté previsto. Real Patronato sobre Discapacidad, *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Madrid 2003, p. 10.

⁵⁴² CERMI *Empleo público y discapacidad*, p. 77 donde cita la STSJ de Castilla- La Mancha de 4 de febrero de 2002.

⁵⁴³ BOE núm. 303 de 17 de diciembre de 2004. Ya la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre el empleo público de personas con discapacidad, que modifica la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública eleva la reserva de plazas para personas en situación de discapacidad, en el ámbito de la Administración General del Estado, a un cupo no inferior al 5% de las vacantes. Dicho cambio se motiva debido a que el cupo de reserva para personas en situación de discapacidad fijado en la Ley 30/84 (que se establecía en, al menos, el 3% de las vacantes anunciadas en la Oferta de Empleo Público) no era suficiente para llegar de manera progresiva al objetivo de que al menos el 2% de los efectivos totales de la Administración General del Estado de personas con discapacidad.

⁵⁴⁴ Este Real Decreto es consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 e incorpora la adopción de medidas de adaptación de medios en el desarrollo del proceso selectivo y en el lugar de trabajo aportando a los aspirantes de medios materiales y humanos, las ayudas técnicas y tecnologías asistidas que precisen para la realización de las pruebas que conforman los procesos selectivos.

público⁵⁴⁵. Para ello se reservará un 5 por 100 de las vacantes en las convocatorias de ingreso libre previstas en la oferta de empleo público⁵⁴⁶. Las plazas no cubiertas se podrán acumular al cupo de reserva del año siguiente con un máximo del 10 por 100 de las vacantes. El Ministerio de Administraciones Públicas⁵⁴⁷ realizará una distribución de la reserva de plazas dando preferencia y mayor cupo de reserva a las vacantes en cuerpos, escalas o categorías cuyos integrantes normalmente desempeñen actividades compatibles en mayor medida con la posible existencia de una discapacidad. Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir igualdad de oportunidades en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviese plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general. Las pruebas selectivas tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas. Durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la realización de aprobados. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado.

⁵⁴⁵ La Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, establece las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, sin perjuicio de las bases específicas que determine cada convocatoria.

⁵⁴⁶ La Ley de Funcionarios Civiles del Estado (aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero) realizaba en su art. 30.1 alusión a la necesidad de “no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones para ser admitido en las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración. Posteriormente la el art. 38 de la LISMI disponía que las empresas públicas o privadas con un número de 50 o más trabajadores estarían obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 fueran trabajadores con discapacidad.

La Ley 23/1988, de 28 de julio, que modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la función Pública, incluye en la disposición adicional decimonovena la previsión de reserva de un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de efectivos totales, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el grado de discapacidad exigido y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes. Esta disposición, a su vez, fue modificada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados y eleva la reserva a un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado. En la oferta de empleo público para el año 2009, aprobada por Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, se establece en su art. 5, que de acuerdo con lo previsto en el art. 59 de la Ley 7/2007, se reservará un 7 por 100 de las plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad así como la compatibilidad en el desempeño de las funciones. Del 7 por 100 de plazas reservadas, el 2 por 100 lo serán específicamente para personas que acrediten discapacidad intelectual.

⁵⁴⁷ Actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La reserva de plazas sufrió un incremento en 2009⁵⁴⁸ y se prevé un 7 por 100 de reserva de plazas para ser cubiertas por personas con discapacidad. Supuso una novedad de la legislación que modificaba tanto el número de plazas reservadas, estableciendo un mayor porcentaje de reserva, como una diferencia cualitativa al establecer, de forma diferenciada, una reserva para personas con discapacidad intelectual. Esta previsión se materializó en una reserva de 100 plazas de las 2.445 de las plazas ofertadas para aquellas personas que acreditaran una discapacidad intelectual⁵⁴⁹.

Desde las convocatorias que se publicaron en base a la Oferta de Empleo Público 2008, se ha incorporado a los temarios cuestiones relativas a la discapacidad y dependencia, con el fin de sensibilizar tanto a los funcionarios de nuevo ingreso como a los de promoción a Cuerpos o Escalas de nivel superior, de la realidad social y laboral, donde es posible que a lo largo de su carrera administrativa puedan convivir profesionalmente con personas que accedieron por el turno de reserva para personas con discapacidad (general o intelectual) o que han sufrido una situación que les ha llevado a la discapacidad sobrevenida⁵⁵⁰. También establece la posibilidad de convocar de forma independiente⁵⁵¹ estas plazas reservadas⁵⁵².

El Instituto Nacional de Administración Pública, a través de la Comisión Permanente de Selección, es el órgano colegiado encargado de la realización de los procesos selectivos para ingreso en los cuerpos y escalas de funcionarios de la Administración General del Estado que se determinan en la Orden Ministerial de 7

⁵⁴⁸ Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009, art. 5

⁵⁴⁹ Se pueden ver datos estadísticos en línea:

[http://www.inap.es/alfresco/alfresco/BFP_INAP_2.pdf?userIdParam=&companayIdParam=10112&pathInfo=/d/d/workspace/SpacesStore/be093951-79a8-41d4-a7d9-418a8d7 p.11].

⁵⁵⁰ El INAP tiene planes interadministrativos de formación y un propio plan unitario de formación que tratan de acercar la discapacidad al empleado público.

⁵⁵¹Un ejemplo de ello fue la convocatoria de 10 plazas en 2013 para personal subalterno en la Administración Pública de la provincia de Madrid exclusivamente para personas con discapacidad intelectual. Resolución del 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso como personal laboral fijo (10 plazas en la provincia de Madrid), con categoría de Ayudante de Gestión y Servicios Comunes (Ordenanza), para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual. (BOE 25-09-2013). Disponible en línea [http://www.seap.minhap.gob.es/es/servicios/empleo_publico/procesos-selectivos/laboral_fijo/Laborales_2012_13/Discapacidad-intelectual.html].

⁵⁵² La Fundación ONCE, el CERMI y el Instituto Nacional de Administración Pública firmaron el 23 de enero 2014 un convenio de colaboración para desarrollar acciones que fomenten un mayor conocimiento de la discapacidad, promover la inserción laboral de las personas con discapacidad en el empleo público, así como la mejora de las acciones formativas en el orden a la sensibilización de los empleados públicos sobre discapacidad.

[<http://www.cermi.es/ES-ES/NOTICIAS/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=5041>]

de febrero de 2005 y sus posteriores modificaciones⁵⁵³. El colectivo de personas con discapacidad están tratando de sensibilizar y buscar mayor calidad y seguridad en el empleo a las personas con discapacidad y como consecuencia, en la Jornada sobre empleados públicos y discapacidad celebrada en Madrid el 21 de octubre de 2014⁵⁵⁴ se ha afirmado que el Gobierno promocionaría partir de ese momento que hubiera personas con discapacidad en los jurados y órganos de selección de funcionarios o empleados públicos en aquellos sectores en los que se registre una presencia importante de este grupo de población.

La contratación de personas con discapacidad aumentó un 20% al cabo del primer semestre de 2014, en comparación con el mismo período del año anterior. Desde 2011, las ofertas de empleo de las administraciones públicas reservan un cupo de al menos el 7 por 100 de vacantes, entre las que el 2 por 100 han de recaer en personas con discapacidad. La oferta de empleo público para 2014 guardó 174 plazas para personas con discapacidad, y 46 de ellas irían destinadas a personas con discapacidad intelectual⁵⁵⁵.

La modalidad de cuotas, a pesar de ser uno de los mecanismos con mayor potencial, se ha venido incumpliendo de manera sistemática⁵⁵⁶.

⁵⁵³ La Subdirección de Selección del Instituto constituye el órgano de apoyo a la Comisión Permanente de Selección en la organización y ejecución de los procesos selectivos encomendados a la misma. Se encuentra regulada por la Orden APU/313/2005, de 7 de febrero que deroga la Orden de 3 de octubre de 2001.

⁵⁵⁴ Organizada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Central Sindical Independiente de Funcionarios (sindicato CSI-F).

⁵⁵⁵ En la Oferta de Empleo Público de 2009, el INAP gestionó un total de 2.653 plazas, 1.415 para su acceso por turno libre y 1.238 para su cobertura por promoción interna, participaron 90.604 aspirantes (76.353 por turno libre y 14.251 por promoción interna). Cupo de reserva: 167 para personas con discapacidad y 103 para personas con discapacidad intelectual. En la Oferta de Empleo Público de 2010, se gestionaron 395 plazas, 61 para acceso por turno libre y 334 para promoción interna (participaron 13.620 aspirantes, 4.355 por turno libre y 9.265 por promoción interna). Cupo de reserva: 25 para personas con discapacidad y 13 para personas con discapacidad intelectual). Boletín de Función Pública del INAP número 2, marzo 2011, p.10. Otros ejemplos de convocatorias de plazas reservadas para personas con discapacidad intelectual encontramos en: [http://www.seap.minhap.gob.es/es/servicios/empleo_publico/procesos-selectivos/laboral_fijo/Laborales_2012_13/Discapacidad-intelectual.html]. Donde se recoge la convocatoria de las 10 plazas correspondientes a las ofertas de empleo público de los años 2012 (2 plazas) y 2013 (8 plazas).

⁵⁵⁶ Así lo reconoce Susana Camarero, secretaria de Estado de Servicios Sociales e Igualdad en las Jornadas sobre empleo público y discapacidad. 21 octubre 2014. También señala que una de las tareas que con carácter prioritario va a abordar el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad durante los próximos meses: no es sólo favorecer que las personas con discapacidad accedan a puestos de trabajo, sino también desarrollar “políticas públicas que contemplen todas las fases y matices del proceso: la selección, la carrera profesional, la formación en el puesto de trabajo, la seguridad y salud laboral, la conciliación, la accesibilidad plena de estos trabajadores y la discapacidad sobrevenida”. También reconoce que las tasas de actividad son bajas respecto a las del resto, y ello, en consecuencia, convierte en factor de “vital importancia” la adaptación y

Teniendo en cuenta la serie *El empleo de las personas con discapacidad* del INE, que utiliza la información derivada de una integración de los datos estadísticos proporcionados por la EPA con los datos administrativos de la BEPD, las personas asalariadas que cotizan en empresas de 50 o más personas trabajadoras según el porcentaje de personas con discapacidad empleadas en la empresa en 2012: el 81,4% de los asalariados trabajan en empresas de más de 50 trabajadores que no cumplen la cuota de reserva, frente a un 18,5% que trabajan en empresas que sí cumplen dicha cuota. De estos últimos datos, el 13,3% corresponde a asalariados que trabajan en empresas que cumplen suficientemente con la cuota de reserva, situándose el porcentaje de empleados con discapacidad entre el 2% y el 5%. El 5,3% restante trabaja en empresas que cumple con la cuota de reserva muy por encima del nivel exigido por la normativa (2%), situándose por encima del 5%.

Si analizamos los datos por el tipo de sector (público o privado) en el que se adscribiría la empresa (exceptuando del primero a los funcionarios que cotizan por la Mutualidad del Estado), podemos observar que sólo el 8,1% de los trabajadores del sector público trabaja en empresas o entes públicos de más de 50 trabajadores que cumplen con la cuota de reserva, frente al 91,9% que trabaja en entes que no la cumplen. Mientras que en el sector privado un 23% de los asalariados está empleado en una empresa de más de 50 trabajadores que cumplen la cuota de reserva, frente al 76,6% que trabaja en empresas que no cumplen con dicha cuota.

Atendiendo a la evolución de este indicador entre 2008 y 2012, podemos observar que el cumplimiento de la cuota de reserva por parte de las empresas de más de 50 trabajadores se está reduciendo, si atendemos al volumen de trabajadores que trabajan en empresas que cumplen o no con la cuota. Si en 2008 el 75,7% de los trabajadores estaban empleados en empresas que no cumplen la cuota de reserva en 2012 la proporción era del 81,4%, crecimiento constatable tanto en el sector público (del 87,3 al 91,9%) como en el sector privado (del 71,0 al 76,6%).

El estudio concluye con la existencia de un incumplimiento generalizado y significativo de la normativa por parte de las empresas⁵⁵⁷.

Ya en 2007, en el *Estudio sobre el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% realizado en empresas con más de 50 trabajadores*⁵⁵⁸ se obtuvo una tasa global de cumplimiento de 28% en 2004, 30% en 2005 y 30,1% en 2006.

accesibilidad. Información recogida en la Nota de prensa de la Jornada, disponible en: [<https://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3438>].

⁵⁵⁷ ODISMET y Fundación ONCE, Banco de datos. Disponible en línea [<http://www.odismet.es/es/datos/4politicas-de-empleo-orientadas-a-las-personas-con-discapacidad/4/>]

Hasta el propio Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no ha respetado el cupo para las personas con discapacidad (del 7%) establecido por el artículo 59 de LEBEP en la oferta de empleo público extraordinaria convocada por el Real Decreto Ley para el impulso de la lucha contra el fraude fiscal en la que se preveía la convocatoria de 210 nuevas plazas. En este caso ha reservado un (1,5% del total del cupo). Tras el anuncio de recurso contencioso-administrativo del CERMI, se llegó a un acuerdo con la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas por el que la cuota de reserva sería aplicada a las convocatorias extraordinarias de empleo público. Al encontrarse ya en marcha la convocatoria extraordinaria de 2014 los efectos del acuerdo se trasladarían a 2015 donde se incrementaría el número de reserva de plazas a ese año, incluyendo las que no se reservaron para el 2014. Consideramos acertado este acuerdo pues no tendría sentido exigir a las empresas aquello que ni el propio Estado cumple.

Para que esta medida sea efectiva se debe acompañar de incentivos económicos⁵⁵⁹, dotación de expertos y recursos para asistir a las empresas y aplicación de sanciones en caso de incumplimiento⁵⁶⁰.

4.3 Medidas alternativas a la cuota de reserva

El cumplimiento de la cuota de reserva se puede sustituir por acciones alternativas, que se regulan en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril. Estas se dispusieron como una alternativa a la obligatoriedad de la empresa ordinaria a contratar directamente personas en situación de discapacidad, cuando por alguna razón acredite la imposibilidad de contratar el número de personas que indique la Ley⁵⁶¹. De manera excepcional, las empresas públicas o privadas, podrán quedar

⁵⁵⁸ El estudio *La cuota de reserva del 2% del empleo para personas con discapacidad y la aplicación de medidas alternativas en empresas con más de 50 trabajadores. Un estudio sobre su cumplimiento en el contexto de las políticas de fomento de empleo* realizado en 2007 en virtud de un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Universidad Carlos III de Madrid. Utiliza la MCVL y los datos fiscales procedentes del modelo 190 de la Agencia Tributaria Disponible en línea [http://sid.usal.es/idocs/F8/FD022137/cuotareserva_empleo_pcd.pdf]

⁵⁵⁹ Los contratos de interinidad con trabajadores con discapacidad desempleados para sustituir a personas discapacitadas que tengan suspendido el contrato de trabajo por incapacidad temporal durante el periodo que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las cuotas de recaudación conjunta.

⁵⁶⁰ Es cosa sabida que las normas no encierran en sí la virtualidad de su cumplimiento autónomo. Se necesita autoridad moral en quien las dicta, poder coactivo en quien ha de hacerlas cumplir, conocimiento y competencia práctica de los intermediarios en la transmisión o aplicación, y viabilidad práctica de las propias normas. J IMENEZ LARA, A. *Memoria del Real Patronato (1976-2001)*, Madrid, Centro Español de Documentación Sobre Discapacidad, 2002, p.77.

⁵⁶¹ Esta medida tuvo su origen en el acuerdo MTAS-CERMI de 1997 con el fin de lograr una mayor efectividad y superar el grado de incumplimiento. En CES en el Informe 5/95..., op. cit. p. 68. Ya recomienda como medidas alternativas la creación de un Fondo Especial para el Empleo de Personas con Discapacidad, de manera análoga al existente en otros países europeos, al que se

exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del ET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente⁵⁶². Estas causas pueden ser:

- Los servicios públicos de empleo o las empresas de colocación no pueden atender la demanda de la empresa porque no haya personas con discapacidad interesadas en la oferta o, en caso de haberlas, no están interesadas en las condiciones de trabajo que se ofrecen.
- La empresa acredita ante la Administración dificultades de carácter productivo, organizativo, técnico o económico para incorporar a personas con discapacidad (art. 1.2)⁵⁶³.

En cualquier caso, la excepcionalidad fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, debe ser apreciada con carácter restrictivo⁵⁶⁴. La declaración de excepcionalidad y la adopción de medidas alternativas estará limitada al número de vacantes para trabajadores con discapacidad que, tras la tramitación de la correspondiente oferta de empleo, haya resultado imposible cumplir (art. 1.3). La declaración de excepcionalidad tendrá una validez en general de tres años desde su resolución (art. 1.4).

destinarían las aportaciones obligatorias de las empresas que no alanzasen el porcentaje de reserva establecido. En este caso se planteaba sustituir las aportaciones hasta un máximo del 50% de la obligación de reserva.

⁵⁶² Este precepto generó en su día cierta confusión pues su tenor literal no dejaba claro si la aplicación de medidas alternativas sólo era obligatoria cuando la exoneración se produjera por opción voluntaria del empresario o también cuando tuviera su origen en un convenio colectivo. La STS de 21 de diciembre de 1999 (Recud. 1480/1999) señaló que no era exigible la comunicación a la autoridad laboral ni la aplicación de medidas alternativas que, sólo se exigen cuando la exoneración tenga su origen en una opción voluntaria del empresario.

⁵⁶³ El CES, en su Dictamen 7/98 sobre el Anteproyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se oponía a la posibilidad de que las empresas públicas pudieran quedar exoneradas de la obligación de reserva y acogerse a las medidas alternativas ya que suponía una renuncia expresa del Gobierno a la integración laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario. En esta misma línea se pronuncia ALEMÁN PÁEZ, F. "Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas sociolaborales", *Documentación laboral*, nº71, 2004, p. 95,96.

⁵⁶⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R. , "Reserva d'ocupació de persones amb discapacitat i mesures alternatives al seu compliment: reflexions crítiques a propòsit de la seva regulació i aplicació", Ponencia presentada en las Jornadas "*Les mesures alternatives a la contractació de persones amb discapacitat*" 11 de octubre 2007, p.18.

Disponible en línea [http://www.gencat.cat/treball/doc/doc_44080892_1.pdf] hace referencia a la obligación de los empresarios de realizar ajustes razonables supondría un límite importante a la alegación de este motivo ya que permitirían solventar muchas dificultades en la contratación.

Las medidas alternativas incluidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril son las siguientes:

- Contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de bienes/servicios necesarios para la actividad de la empresa contratante.
- Donaciones de carácter monetario siempre que la entidad beneficiaria sea una Asociación de utilidad pública o Fundación y tenga por objeto la formación profesional, la inserción laboral o la creación de puestos de trabajo de personas con discapacidad, para ser integradas, posteriormente, en el mercado laboral ordinario.
- Constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad.

El importe que han de destinar las empresas ordinarias cuando hagan uso de algunas de las medidas es el siguiente:

- En el caso de suscripción de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales o con trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de bienes, servicios o la constitución de enclaves laborales, se establece en , al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador discapacitado dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100⁵⁶⁵.
- En el caso de donaciones y acciones de patrocinio con fundaciones y asociaciones de utilidad pública en 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100 (art. 2.2).

En la misma solicitud de declaración de excepcionalidad las empresas deben solicitar la medida alternativa que se proponen aplicar, debiendo el Servicio Público de Empleo resolver conjuntamente sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas en la misma resolución (art. 3). Los Servicios Públicos de empleo efectuarán el seguimiento del cumplimiento de la adopción de medidas y de las obligaciones establecidas en los términos que

⁵⁶⁵ La Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 fija los valores del IPREM en las siguientes cantidades: diario: 17,75 euros/día; mensual: 532 euros/mes; anual (12 pagas): 6.390,13 euros/año; anual (14 pagas): 7.455, 14 euros/año.

establezcan normas de desarrollo (art. 5) . La competencia para dictar resoluciones y efectuar el seguimiento de estas obligaciones empresariales se encuentra atribuida en razón del territorio en que se encuentre ubicada la empresa⁵⁶⁶.

Pues bien, las alternativas, a pesar de ser medidas excepcionales, no subsidiarias en la actualidad se utilizan con mayor frecuencia que la reserva por lo que cabría plantearse si realmente se trata de una medida excepcional. Por otra parte, la firma de contratos mercantiles o civiles de la empresa con CEE, lo que fomenta, en realidad, es el empleo protegido⁵⁶⁷.

Los CEE pueden verse beneficiados, no sólo por las ayudas directas sino también a través de donaciones y acciones de patrocinio⁵⁶⁸ y, si bien deben adoptar medidas para promover el tránsito de sus trabajadores hacia el mercado de trabajo ordinario, no se establece ninguna obligación concreta de transición⁵⁶⁹. Esta carencia ha sido identificada y reflejada en la Estrategia Global de Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012⁵⁷⁰. En el Plan de Acción de la Estrategia Española de Discapacidad 2014-2016 se incide en promover el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación con objetivos operativos que inciden en el trabajo autónomo, la contratación pública socialmente

⁵⁶⁶ Será competente el Servicio Público de Empleo Estatal (si la empresa se ubica en una sola Comunidad Autónoma, con competencias no transferidas o empresas con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma) o a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (empresas ubicadas en una sola Comunidad Autónoma, con competencias transferidas).

⁵⁶⁷ A esta misma conclusión podríamos llegar si consideramos que los enclaves laborales no dejan de ser un desplazamiento temporal de trabajadores del CEE a empresas ordinarias.

⁵⁶⁸ GALA DURÁN, C. "La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo", *Temas Laborales*, nº 55, 2000, p. 103; LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al Mercado Laboral....", op. cit, p.137.

⁵⁶⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R. "Relación laboral ordinaria..." op. cit. p.90 y 91.

⁵⁷⁰ En su objetivo 5: "Renovar el empleo protegido, preservando el dinamismo en la generación de empleo alcanzado en los últimos años y favoreciendo un mayor tránsito hacia el empleo ordinario", se acuerda la adopción de, entre otras, las siguientes medidas: 5.6. El grupo de trabajo sobre empleo estudiará la presentación periódica por los CEE de un Plan Estratégico para el desarrollo sociolaboral de sus trabajadores con discapacidad; actividad conjunta de los grupos de trabajo sobre empleo y sobre educación y formación, para la adopción de medidas que favorezcan un mayor tránsito de trabajadores con discapacidad hacia el mercado ordinario de trabajo, entre otras: Impulso del Registro de trabajadores en el empleo protegido, y agregación de datos en una base común, para disponer de una información global que permita articular medidas de carácter general; Establecer cauces para que los trabajadores con discapacidad de los centros especiales puedan beneficiarse de las medidas de información profesional y formación profesional de los Servicios Públicos de Empleo, o de la formación profesional reglada. Garantizar la doble vía de acceso al empleo y de vuelta al centro especial en caso de fracaso de la inserción en el empleo ordinario; o 5.8 Estudiar un sistema de incentivos teniendo en cuenta la promoción del tránsito de los trabajadores con discapacidad desde los CEE hacia el mercado ordinario y revisar la regulación de los Enclaves Laborales.

responsable o la sensibilización del empresariado y del sector público de las capacidades laborales de las personas con discapacidad⁵⁷¹.

En este sentido subrayamos las manifestaciones que viene realizando el CERMI en cuanto a la perversa situación que permite la norma ya que a pesar de existir un sistema normativo sólido destinado a la integración laboral ordinaria, la realidad empresarial se caracteriza por un incumplimiento tanto de la cuota como de sus alternativas ⁵⁷² . Resulta económicamente más rentable para los actores productivos correr el riesgo de ser sancionados y abonar las multas que les fueren de aplicación, antes que la contratación de personas con discapacidad.

4.4 Incentivos y especialidades en la contratación

Para fomentar la contratación de personas con discapacidad⁵⁷³ y con el fin de vencer las resistencias empresariales se utilizan incentivos económicos como las deducciones fiscales, subvenciones o bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social⁵⁷⁴. Aunque son medidas que se utilizan con otros colectivos, en el caso de las personas con discapacidad la cuantía es más elevada, sus condiciones más flexibles y contempla la contratación tanto indefinida como temporal.

El Real Decreto 1451/1983 regula el empleo selectivo y las ayudas a la contratación indefinida de las personas con discapacidad en empresas ordinarias si bien las cuantías de las subvenciones, la bonificación o los requisitos de los

⁵⁷¹ Consejo de Ministros 12 de septiembre 2014. Disponible en línea [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2014/refc20140912e_7.pdf]

⁵⁷² Ya el CERMI en 2012 elaboró un documento de propuestas dirigido a los grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados, con el objetivo de introducir enmiendas al proyecto de Ley de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social y en el que proponía endurecer las sanciones por incumplimiento de la cuota de reserva de empleo a personas con discapacidad.

⁵⁷³ Hasta el 12 de febrero de 2012 se mantuvo vigente el Real Decreto 1451/1983 , de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril se regulaba el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores con discapacidad. El Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba la Ley de la Seguridad Social, contenía en sus arts. 141 y 142 como medidas de empleo selectivo la readmisión por las empresas de sus propios trabajadores si bien remitía a un desarrollo posterior. El art. 13 del Decreto 2531/1070, establecía preferencia absoluta, para ser readmitidos en la última empresa en la que hubieran trabajado, a favor de los trabajadores que, tras haber cesado por una disminución de su capacidad, hubieran obtenido la plena recuperación funcional. Estos preceptos fueron recogidos por el RD 2065/1974, de 30 de mayo y por los arts. 157 a 159 del actual TRLGSS hasta su derogación por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

⁵⁷⁴ Algunos autores como ALEMÁN PÁEZ, F. “Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas sociolaborales”, *Documentación laboral*, nº 71, 2004, p. 93, defienden que estas políticas no consiguen su objetivo. En contra: LAHERA FORTEZA, J. “Acceso al mercado laboral....”op. cit. p.115.

beneficiarios han sufrido diversas modificaciones⁵⁷⁵. Tienen carácter estatal pero también se prevén otras complementarias con cargo a los presupuestos autonómicos.

También existen peculiaridades en la regulación de algunos tipos de contratos, cuando se conciertan con una persona con discapacidad.

4.4.1 Incentivos fiscales

Los incentivos fiscales para la contratación de personas con discapacidad y que tengan acreditado el grado⁵⁷⁶ se aplican a todo tipo de contratos y no se requiere que el contrato sea indefinido, ni a jornada completa⁵⁷⁷. En principio, la deducción, junto con el resto de deducciones⁵⁷⁸, no podrá exceder del 35 por 100 de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones. El límite⁵⁷⁹ será del 25 por 100 de la cuota íntegra (incluyendo la deducción por reinversión) en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2012, 2013, 2014, 2015⁵⁸⁰.

Las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota podrán aplicarse en las liquidaciones de los periodos impositivos que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos. El plazo de 15 años podrá diferirse hasta el primer ejercicio en que, dentro del periodo de prescripción, se produzcan resultados positivos en los siguientes casos: entidades de nueva creación, entidades que saneen pérdidas de

⁵⁷⁵ Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 4/1999, de 8 de enero (BOE 26-1-1999) y vigente hasta el 12 de febrero de 2012.

⁵⁷⁶ Existe un régimen de incentivos fiscales diferente para la contratación laboral de trabajadores con discapacidad en la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Autónoma de Navarra regulados en las siguientes normas: Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Álava). Norma Foral 2/2014, de 17 de enero del Impuesto de Sociedades del Territorio Histórico de Guipúzcoa (Guipúzcoa) Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Vizcaya). Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto de Sociedades.

⁵⁷⁷ Los trabajadores que hayan dado derecho a esta deducción, no se computarán a efectos de la libertad de amortización con creación de empleo (artículo 109 del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

⁵⁷⁸ Reguladas en el Capítulo IV del Título VI del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (a excepción de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios).

⁵⁷⁹ Artículo 44 del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

⁵⁸⁰ De conformidad con lo establecido en el apartado Primero, Tres del Real Decreto- Ley 12/2012, de 30 de marzo, en redacción dada por el artículo 2.2.4 Tres de la Ley 16/2013, de 29 de octubre por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan medidas tributarias y financieras.

ejercicios anteriores mediante la aportación efectiva de nuevos recursos, sin que se considere como tal la aplicación o capitalización de reservas.

Entre los incentivos podemos identificar la deducción por gastos e inversiones para habitar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información⁵⁸¹.

También existen medidas destinadas a fomentar la inserción en el empleo ordinario a través de la contratación indefinida o la contratación temporal.

Los incentivos económico-financieros a la contratación deben vincularse al empleo ordinario y, en la medida de lo posible, al empleo indefinido. También actualizarse periódicamente y facilitar la información a las empresas. Los incentivos fiscales para la contratación temporal implican una indeseable rotación de mano de obra.

4.4.2 Medidas para fomentar la contratación indefinida

Los incentivos para la contratación indefinida en el empleo ordinario han sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo.

Con el compromiso de estabilizar el empleo durante tres años, se establecían subvenciones de 3.005,06 euros por cada contrato celebrado a jornada completa, bonificaciones en la cuota de la Seguridad Social del 70 por 100 si el trabajador era menor de 45 años y del 90 por 100 si era mayor. Tanto la empresa como el trabajador tenían la posibilidad de solicitar al INEM subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y adquisición de Equipos de Protección Personal. Las subvenciones al empleo indefinido se mantuvieron constantes hasta el Real Decreto 4/1999 que las aumentó a 3.906,58 euros, manteniendo el porcentaje de las bonificaciones y extendiéndolas, junto con la parte proporcional de la subvención, a los contratos celebrados a tiempo parcial.

Posteriormente la Ley 24/2001 estableció que estas subvenciones y bonificaciones no se aplicarían en determinados supuestos, en concreto en el caso de relaciones laborales de carácter especial; contrataciones de cónyuge, ascendientes o descendientes y demás parientes hasta segundo grado; trabajadores que hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas en los 24 meses anteriores mediante un contrato indefinido y, trabajadores que hubiesen finalizado su realización de carácter indefinido en un plazo de 3 meses previos a la realización del contrato.

⁵⁸¹ Prorrogada su vigencia para el año 2014. Art. 40 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 170/2004 se modificaron las ayudas establecidas en el Real Decreto 1451/1983 relativas a la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad: se mantiene la subvención de 3.907 euros aumentando la cuantía de bonificación en el caso de contratación de mujeres hasta el 90 por 100 de la cuota si era menor de 45 años y del 100 por 100 si era mayor.

En 2006 se modifica de nuevo el Real Decreto 1451/1983 mediante Real Decreto-ley 5/2006, que establece bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social en 3.000 euros/año durante toda la vida del contrato o 3.200 euros/año si el trabajador procedía de un enclave laboral. La Ley 43/2006 establece finalmente las subvenciones en 4.500 euros/año para trabajadores con discapacidad, 5.350 euros/año en caso de mujeres y 5.700 euros/año si eran mayores de 45 años. Para trabajadores con discapacidad severa las subvenciones se fijan en 5.100 euros/año, 5.950 euros/año o 6.300 euros/año respectivamente. En ningún caso se podría superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social que corresponda ingresar.

El Real Decreto-ley 3/2011 deroga el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983 relativo a las ayudas a la contratación indefinida de personas con discapacidad en empresas ordinarias, los artículos 12 y 13 del Real Decreto 290/2004 sobre subvenciones a la contratación en los enclaves laborales, el Real Decreto 469/2006 unidades de apoyo y la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 13 de abril de 1994 que regula la concesión de las ayudas y subvenciones establecidas por el capítulo II del Real Decreto 1451/1983). Manteniendo estas disposiciones en vigor hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012.

Posteriormente se aprueba mediante Real Decreto 1542/2011 la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 y establece las siguientes subvenciones a la contratación indefinida por las empresas ordinarias: 4.000 euros por contratar a una personas con discapacidad en general, 4.400 euros si es una mujer y 8.000 u 8.400 euros si se trata de una persona con discapacidad severa. Para la adaptación del puesto de trabajo se contemplan 1.800 euros por trabajador con discapacidad. Respecto a las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social se mantenían las establecidas en la Ley 43/2006.

Estas subvenciones a la contratación indefinida solo se han mantenido en vigor menos de cuatro meses, ya que el Real Decreto-ley 3/2012 ha establecido la vigencia de las normas derogadas mediante Real Decreto-ley 3/2011.

Actualmente los incentivos para el contrato indefinido ordinario son:

- Bonificaciones en la cuota de la Seguridad Social:

- 4.500€/año (375 €/mes) por trabajador o por transformación de contrato de fomento de empleo de persona con discapacidad o de contrato formativo, durante toda la vigencia del contrato, con un máximo del 100% de la base de cotización. A tiempo completo o parcial (en proporción a la jornada).
 - La cuantía se aumenta a 5.100 euros anuales (425€/mes) para las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%; y para las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.
 - Los 4.500 o 5.500 euros anuales se incrementan en otros 1.200 euros anuales (100€/mes) para las personas mayores de 45 años (hasta un total de 5.700 ó 6.300€/año).
 - Los 4.500 o 5.100 euros anuales se incrementan en otros 850 euros anuales (70,83€/mes) para las mujeres (hasta un total de 5.350 ó 5.950€/año).
 - Los dos últimos incrementos son incompatibles. Es decir, una mujer mayor de 45 años sólo disfruta del incremento de 45 años, que es el mayor.
 - En el caso de sociedades laborales y cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que sean alta en régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena.
- Subvenciones
- Subvención de 3.907€, al comienzo del contrato. Se modulará para los contratos indefinidos a tiempo parcial, en función de la jornada.
 - Subvención de hasta 900€, por adaptación de puesto de trabajo.
- Deducción impuesto de sociedades:
- 9.000€ por cada persona/año de incremento promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad.
 - 12.000€, si la discapacidad es de grado igual o superior al 65%.

Se puede pensar que se trata de una fórmula atractiva de contrato por el menor coste del despido, unido a las subvenciones y bonificaciones previstas o que es un instrumento adecuado para fomentar la integración laboral estable del colectivo⁵⁸², pero lo cierto es que desde la aprobación de la LISMI, prácticamente no han variado las ayudas destinadas a la incorporación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Teniendo en cuenta que el importe de las subvenciones a la contratación indefinida no ha variado desde 1999 (y sólo lo ha hecho en ese año desde 1983) mientras que sí ha variado la parte del coste total del trabajador cubierto por las subvenciones. Si tenemos en cuenta el coste salarial anual por trabajador en 1983, la subvención cubría el 58 por 100, en 1999 cubría el 27 por 100 y en 2011, únicamente el 20 por 100. En cuanto a la bonificación de la cuota empresarial de la Seguridad Social, (establecida también en 1983 y que se ha modificado en 2004 y 2006) en 1983 cubría entre el 70 y 90 por 100, en el caso de trabajador con discapacidad severa mayor de 45 años⁵⁸³.

4.4.3 Medidas para fomentar la contratación temporal

Las medidas para el fomento de la contratación temporal de trabajadores con discapacidad fueron establecidas por la Ley 42/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes para la ocupación que prorrogó su validez para 1995⁵⁸⁴, hecho que se ha venido manteniendo anualmente, modificándose únicamente las cuantías bonificadas.

En estas normas se establecían bonificaciones del 75 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, si los contratos se celebran a jornada completa con discapacitados beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial. Esta bonificación se elevaría al 100 por 100 para el primer trabajador contratado por empresas que no hubieran tenido trabajador alguno a su servicio desde el 1 de enero de 1994.

En 1997 se elimina el requisito de ser beneficiario de prestaciones por desempleo y la obligación de estar suscrito como demandante de empleo durante un periodo de tiempo determinado. Desde este programa se mantuvo únicamente para el colectivo de trabajadores discapacitados, aunque posteriormente se ha ampliado a personas en riesgo de exclusión social y víctimas de violencia de género.

⁵⁸² ESTEBAN LEJARRETA, R. Contrato de trabajo... op. cit. pp. 189 y 190; LAHERA FORTEZA, J. "Acceso al Mercado Laboral...", op. cit. p. 114; CORDERO GORDILLO V., Régimen jurídico.....op. cit. p. 206.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., "Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 101, p. 84. Realiza los cálculos a partir de la Encuesta de Salarios en la Industria y los Servicios y la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, tomando como referencia la ganancia salarial media.

⁵⁸⁴ Disposición adicional tercera.

El Real Decreto-ley 2/2003 añadió nuevas bonificaciones en el supuesto de que se contratase a mujeres discapacitadas: el 80 por 100 de la cotización empresarial si la trabajadora tenía menos de 45 años y del 90 por 100 si tenía más. El Real Decreto 170/2004 estableció la subvención de hasta 901,5 euros para la adaptación del puesto de trabajo cuando la duración del contrato fuera superior a un año.

El Real Decreto- ley 5/2006 estableció que la bonificación de las cuotas de la Seguridad Social en el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento de empleo sería de 2.200 euros/año, durante toda la vigencia del contrato. Mediante la Ley 43/2006, se modificó de nuevo la subvención de las cuotas de la Seguridad Social que quedaron de la siguiente manera: 3.500 euros/año para los trabajadores con discapacidad, 4.100 euros/año en el caso de mujeres discapacitadas o trabajadores con discapacidad mayores de 45 años y 4.700 euros/año en el caso de mujeres con discapacidad mayores de 45 años. En el caso de trabajadores con discapacidad mayores de 45 años y 5.300 euros/año en el caso de mujeres con discapacidad severa mayores de 45 años.

Dado que las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social no se vieron afectadas ni por el Real Decreto-ley 3/2011, ni por la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, las medidas de fomento de la contratación temporal de los trabajadores con discapacidad no han variado desde 2006.

Por último, la Ley 45/2002 introdujo una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, para los contratos de interinidad celebrados con discapacitados para sustituir a trabajadores discapacitados de baja por incapacidad temporal.

En la actualidad, las características y ayudas a la contratación temporal de personas con discapacidad son las siguientes⁵⁸⁵:

- Son contratos temporales para la realización de actividades de la empresa, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, con trabajador con discapacidad desempleado.
- No se exige el requisito previo de ser beneficiarios de prestaciones por desempleo.

⁵⁸⁵ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 29-12-2006) procedente del RD- Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-6-2006). Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-6-2006).

- A la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a doce días de salario por año trabajado.
- No podrán contratar temporalmente las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo.

Los tipos de incentivos que recoge la Ley 43/2006 son:

- Bonificación de las cuotas de la Seguridad Social de 3.500 euros/año (291,66€/mes) durante toda la vigencia del contrato, con un máximo del 100% de la base de cotización si el contratado es un hombre menor de 45 años. A tiempo completo o parcial (en proporción a la jornada). Dicha cuantía de 3.500 y 4.100 euros anuales se incrementará otros 600 euros y se aumentará a 4.100 euros/año (341,66€/mes) si es mayor de 45 años; 4.100 euros/año si la contratada es una mujer menor de 45 años y 4.700 euros/año si es mayor de dicha edad. Además, en caso de discapacidad severa estos importes son de 4.100 euros/año, 4.700 euros/año, 4.700 euros/año y 5.300 euros/año respectivamente. Esta cuantía será de 4.100 euros anuales para personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%; y, para personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.
- Subvención de hasta 901, 57 euros para adaptación del puesto de trabajo si la duración del contrato es superior a un año.

Los contratos temporales de fomento del empleo podrán transformarse en indefinidos gozando de los incentivos para este tipo de contratación. En el caso de sociedades laborales y cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo siempre que sean alta en un régimen de Seguridad Social propio de un trabajador por cuenta ajena.

Se encuentran excluidos de esos incentivos:

- a) Las contrataciones realizadas con trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicio en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato indefinido. Será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que la solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 ET.
- b) Trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. No será de

aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de centros especiales de empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al centro especial de empleo de procedencia o a otro centro especial de empleo. Tampoco será de aplicación dicha exclusión en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización de los contratos sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo.

Las exclusiones citadas en los dos párrafos anteriores no se aplicarán si se trata de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral (personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%).

- c) Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de 12 meses por un número igual de contratos a los extinguidos.

La fórmula del contrato temporal es la práctica más extendida para el fomento de empleo de trabajadores con discapacidad. Uno de los mayores riesgos era el encadenamiento de contratos temporales de fomento de empleo con trabajadores con discapacidad con la misma o distinta empresa, algo que se ha tratado de evitar con las excepciones mencionadas. Quizás sería adecuado incrementar la compensación económica por la extinción del contrato como medida para fomentar la contratación indefinida⁵⁸⁶.

4.4.4 Contrato de formación

Este tipo de contrato⁵⁸⁷ tiene por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación

⁵⁸⁶ Esta línea es defendida por HIERRO HIERRO, F. J., "El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, la gestión de la formación profesional y otras cuestiones" en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Navarra, Cizur Menor Aranzadi, 2007, p. 277.

⁵⁸⁷ Art. 11 RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE 29-3-1995), Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7-7-2012). Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

profesional para el empleo o del sistema educativo. Sus características son las siguientes:

- El trabajo debe estar relacionado con el perfil profesional del título de formación profesional o del certificado de profesionalidad.
- Prohibición de contratación por más del periodo máximo de contratación en la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional.
- Prohibición de contratación para un puesto de trabajo que hubiese sido desempeñado por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.
- No hay límite de edad para los trabajadores con discapacidad⁵⁸⁸.
- La retribución será la fijada en Convenio, en proporción al tiempo de trabajo efectivo que nunca podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en función del trabajo efectivo.

El contrato de formación cuenta con los siguientes incentivos:

- Reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por 100, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esta cifra.
- Reducción de las cuotas de los trabajadores del 100 por cien de las cuotas que paga el trabajador a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga.

En caso de transformación en contrato indefinido, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres dicha reducción será de 1.800 euros/año.

⁵⁸⁸ El contrato para la formación y aprendizaje puede celebrarse con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato de prácticas (art. 11.2. a). ET).

Su duración será de uno a tres años. Para trabajadores con discapacidad la duración máxima será de cuatro años, previo informe favorable del Servicio Público de Empleo.

En cuanto a la jornada, el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75%, durante el primer año, o al 85%, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima. El tiempo restante debe dedicarse a la formación teórica. Cuando el trabajador sea una persona con discapacidad intelectual, hasta un 25% del tiempo de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal y social. En los centros especiales de empleo no se requerirá la fijación de tiempo dedicado a la formación teórica cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad psíquica cuyo grado de discapacidad no le permita realizar aquélla.

Se contempla la posibilidad de formación dual a través de la modalidad presencial, en el centro formativo o en la empresa (exclusivamente o en colaboración con un centro de formación), o a distancia, por teleformación, o mixta⁵⁸⁹.

Se encuentran excluidas:

- a) Las contrataciones realizadas con trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicio en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato indefinido. Será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que la solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el art. 44 ET.
- b) Los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formación del contrato. No será de aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de centros especiales de empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al centro especial de empleo de procedencia o a otro centro especial de empleo. Tampoco será de aplicación dicha exclusión en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad.

Las exclusiones citadas en los apartados anteriores, no se aplicarán si se trata de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos,

⁵⁸⁹ El art. 17.6 RD-L 1/2013 recoge que las actividades formativas podrán impartirse además de en los centros de formación dedicados a ello, en las empresas, siendo necesario en este último supuesto, la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje, cuyo contenido básico se ajustará a lo dispuesto en el art 11 ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus normas de desarrollo.

se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador es una persona con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; o personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

En este caso también existe la posibilidad de obtener subvención de hasta 901,5 euros para adaptación del puesto de trabajo.

El contrato para la formación y aprendizaje no presenta características particulares salvo el límite máximo de edad. Es posible celebrar contratos de formación con trabajadores con discapacidad con independencia de su edad, durante un plazo mayor, a diferencia de lo que ocurre con otros colectivos⁵⁹⁰.

4.4.5 Contrato en prácticas

Esta modalidad de contrato se introdujo por primera vez mediante la Ley 32/1984, de 2 de agosto. La Ley 10/1994 estableció bonificaciones, para los contratos en prácticas a tiempo completo (requisito que eliminó posteriormente la Ley 43/2006) celebrados con trabajadores con discapacidad, del 50 por 100 de la cuota a la Seguridad Social por contingencias comunes, y del 50 por 100 sobre la cotización por contratos de aprendices. Posteriormente, la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1997 estableció que las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores con discapacidad tendrían derecho a una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación. También tendrían derecho a ayudas destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal de hasta 901,5 euros.

Este tipo de contrato puede concertarse con quienes estén en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior, o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las Leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años inmediatamente siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. Tiene las siguientes características:

- Para trabajadores con discapacidad para mayores de 35 años el plazo desde la obtención de la titulación será de siete años; en el caso de menores de 35 años, no hay límite.

⁵⁹⁰ Se introdujo por primera vez mediante la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

- Prohibición de contratación en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años por la misma titulación o certificado de profesionalidad. Tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para al mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.
- La retribución será la fijada en el Convenio. En su defecto, no será inferior al 60% o el 75% del salario de Convenio (para el primer o segundo año de vigencia del contrato en relación con un trabajador que desempeñe el mismo puesto o equivalente. En ningún caso será inferior al SMI.

Sus incentivos son reducción del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes si se celebra a tiempo completo con trabajadores con discapacidad y subvención de hasta 901,5 euros para adaptación del puesto de trabajo.

En cuanto a su duración, no podrá ser inferior a seis meses ni superar los dos años, salvo lo dispuesto en Convenio y la jornada podrá ser a tiempo completo o parcial.

La especialidad de este tipo de contrato se refiere únicamente a la ampliación del periodo de tiempo durante el que puede concertarse el contrato una vez finalizado los estudios. Es un plazo de 7 años frente a los 5 que corresponde a otros colectivos⁵⁹¹.

4.4.6 Contratos de interinidad

Otra fórmula para fomentar el empleo de este colectivo son los contratos de interinidad ⁵⁹² celebrados con personas con discapacidad desempleadas, para sustituir a trabajadores con discapacidad, que tengan suspendido su contrato por incapacidad temporal;

En este caso cuentan con una bonificación, durante toda la vigencia del contrato, del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las aportaciones empresariales de recaudación conjunta, mientras dure la situación de incapacidad temporal del trabajador con discapacidad sustituido.

⁵⁹¹ Esta ampliación fue introducida por primera vez por el art. 1.2 de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, y tiene su origen en el acuerdo MTAS-CERMI de 1997, cuyo fin era flexibilizar la contratación en prácticas de las personas con discapacidad para facilitar su acceso a estos contratos,

⁵⁹² Disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE 13-12-2002). Art. 15.1.c) Real Decreto Legislativo, de 24 de marzo (BOE 29-3-1995, Estatuto de los Trabajadores.

El modelo global de incentivos a la contratación ha sido criticado por sus efectos negativos, a saber, respecto a las subvenciones, en primer lugar, existe la posibilidad de que la subvención se otorgue a contrataciones que se hubieran realizado aun sin la existencia de la misma, en segundo lugar, la existencia de intervenciones a favor de la contratación de determinados colectivos y no de otros, hace que disminuya el coste relativo de la contratación de los primeros, lo que puede dar lugar a que la subvención, no genere una nueva contratación sino que simplemente influya sobre las características de los trabajadores que ocupan los puestos vacantes. Por último, los recursos dedicados a estas medidas han de ser financiados con impuestos que recaen sobre todas las empresas y trabajadores, tanto los que reciben subvenciones como los que no⁵⁹³.

El CERMI, por su parte, advierte que el esquema de bonificaciones previsto en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, dificulta el mantenimiento del puesto de trabajo en los casos en que se adquiere una situación de discapacidad sobrevenida durante la vigencia de la relación laboral con su empresa, en virtud de las exclusiones fijadas en el art. 6.1.c) y d) de dicha Ley. Ambos apartados impiden el acceso a bonificación a los contratos formalizados con empleados que hayan trabajado durante los dos años anteriores en la misma empresa en el caso de que tuvieran un contrato indefinido, o durante los seis meses previos, si éste fuera temporal, así como en los casos en que el trabajador hubiera estado activo laboralmente con un contrato indefinido en cualquier otra empresa durante el trimestre anterior a la fecha de la formalización del contrato, salvo que hubiera sido despedido de forma improcedente o en el marco de un despido colectivo.

Este régimen bloquea la aplicación de los incentivos a la contratación previstos en la ley a las personas que teniendo un contrato previo con la empresa adquieran una discapacidad por enfermedad común, accidente laboral o cualquier otra causa.

Por ello, todas estas ayudas a la generación de empleo personas con discapacidad, en la práctica, resultan aún insuficientes. El principal problema que detectamos es la carencia de estadísticas y evaluaciones eficaces, rigurosas y solventes, que tienen como consecuencia una deficiente coordinación entre las diversas Administraciones Públicas. Para saber si, por ejemplo, las anteriores políticas de empleo, son adecuadas para trabajadores con daño sobrevenido, es imprescindible identificar qué personas con incapacidad laboral han tratado de permanecer en su empresa, o identificar, qué personas con incapacidad laboral tienen, además, reconocido el grado de discapacidad. Sólo así podríamos conocer el número

⁵⁹³ COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, 31 de enero 2005. Disponible en línea [<http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200501/informe.pdf>] p.115, 116.

potencial de personas que podrían verse perjudicadas por la Ley 43/2006 que denuncia el CERMI.

Por el contrario, es de destacar el importante papel que en este momento están realizando las agencias de colocación⁵⁹⁴ A diferencia de lo que ocurría en la LISMI⁵⁹⁵, el art. 38 TRLGDPD, permite también a las agencias de colocación debidamente autorizadas realizar esta gestión que antes correspondía a las oficinas de empleo. Los Servicios Públicos carecían de la especialización necesaria para intermediar en el mercado laboral. Permitir que las asociaciones vinculadas a la discapacidad asuman estas funciones es una garantía de éxito como así se está demostrando⁵⁹⁶.

5 Empleo con apoyo

El art. 41 TRLGDPD incluye, como novedad, el reconocimiento a los servicios de empleo con apoyo, esto es, la prestación de las acciones individualizadas de orientación y acompañamiento en el puesto de trabajo para facilitar la adaptación social de los trabajadores con discapacidad en las empresas del mercado ordinario⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Recoge las medidas que corresponden tanto a los servicios públicos como a los privados en la orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad.

⁵⁹⁵ Artículo 39 LISMI.

⁵⁹⁶ Tras la Ley 10/2010, 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma de trabajo (BOE 227 de 18-10-2010) las agencias de colocación podrán ser agencias públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro. Este fin del monopolio de los Servicios Públicos para intermediar en el mercado laboral de personas con discapacidad ha sido considerado como una medida positiva por diversos autores, entre ellos: CASADO PÉREZ, D., "Conocimiento y gestión.....", op. cit. p. 69, que veía como uno de las razones del fracaso la carencia de especialización en la integración laboral de personas con discapacidad del servicio público. El CES en su *Informe 4/2003 sobre la situación de las personas con discapacidad en España*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004. p. 207-208 afirma que los Servicios Públicos de Empleo no han asumido la especialización necesaria para gestionar la función de mediadores para el empleo de las personas con discapacidad. En la actualidad, esta labor ha sido principalmente asumida por las asociaciones vinculadas, lo que explica su éxito. Ejemplo de ello encontramos en [<https://www.portalento.es>]; [<https://www.mercadis.com>]; [<http://www.discapnet.es>]. Otros autores que ya criticaban esa situación y se mostraban a favor de otros intermediarios como ESTEBAN LEGARRETA, R., "Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad" en ROMERO RÓDENAS, M^a. J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 64 ó LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al Mercado laboral y contratación de los discapacitados" en VALDÉS DAL -RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones Laborales...*, op. cit. p. 101.

⁵⁹⁷ Acciones reguladas por el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. BOE n^o168, de 14 de julio de 2007.

El sistema de “empleo con apoyo”, en realidad se trata de una figura intermedia entre el empleo ordinario y el empleo protegido. Está diseñado para quienes tradicionalmente no han accedido nunca al empleo ordinario o para quienes éste, ha sido interrumpido o ha sido intermitente. Es un sistema de inclusión laboral que ofrece los apoyos necesarios a las personas con discapacidad y en cuyo proceso interviene la figura del preparador laboral con el objeto de facilitar la adaptación social y laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes.

Fue desarrollado en Norteamérica en los años 70, y trasladado a Europa en los años 80⁵⁹⁸. Consta de un proceso de cinco fases, basado en el principio “colocar-formar-mantener”, y se reconoce como modelo de buenas prácticas⁵⁹⁹ que se caracteriza por el compromiso con el cliente, ya que los demandantes de empleo reciben toda la información necesaria para que puedan decidir si desean o no utilizar el empleo con apoyo, se apoya a los demandantes para que identifiquen sus habilidades y preferencias de empleo, se busca un empleo teniendo en cuenta todas las necesidades de los implicados, se trabaja con los empresarios y los demandantes de empleo para aclarar determinadas cuestiones como condiciones del trabajo, habilidades exigidas, apoyo necesario disponible en la empresa, y apoyo dentro y fuera del entorno laboral, tanto al potencial trabajador como al empresario.

Se excluye del empleo con apoyo los talleres protegidos, el trabajo voluntario y la formación profesional. Los principios que rigen este tipo de empleo es que sea remunerado, en el mercado de trabajo abierto, con apoyo continuado de carácter individual y según las necesidades del empleado y la empresa.

En España se encuentra regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo⁶⁰⁰.

El proceso que se sigue es el siguiente: se identifica una empresa ordinaria dispuesta a contratar a una persona con discapacidad y se analizan las exigencias del puesto a cubrir, posteriormente se selecciona al candidato con las capacidades necesarias y se lleva a cabo un plan individualizado de formación en el concreto

⁵⁹⁸ La Unión Europea de Empleo con Apoyo (EUSE) se creó en 1993, para desarrollar este tipo de empleo en Europa tras detectar una falta de coherencia, orientación y materiales de formación para los profesionales y proveedores de servicios que trabajan en este sector. Su intención fue producir una Caja de Herramientas para la práctica del Empleo con Apoyo Europeo disponible en línea: [<http://www.euse.org/content/supported-employment-toolkit/EUSE-Toolkit-2010-Spanish.pdf>]

⁵⁹⁹ European Union of Supported Employment: Folleto informativo y estándares de calidad, 2005.

⁶⁰⁰ BOE núm. 19 de 14 de julio de 2007.

puesto de trabajo. Durante un tiempo se realiza una supervisión intensiva que se irá eliminando progresivamente, tras considerar garantizada la autonomía. Tras esta fase se pasa a un programa de seguimiento periódico⁶⁰¹ ya que apoyo debe darse antes, durante y después de obtener un contrato laboral, incluyendo, además, los apoyos al empresario y teniendo como punto clave en todo el sistema, la figura del preparador laboral⁶⁰². Las acciones de empleo con apoyo tendrán una duración entre seis meses y un año, prorrogable hasta otro año más, pudiéndose ampliar hasta seis meses más siempre y cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo.

Las empresas tendrán derecho a los beneficios previstos en la normativa sobre contratación de trabajadores con discapacidad y a las subvenciones destinadas a financiar los costes laborales y de seguridad social que se generen durante el desarrollo del proyecto, derivados de la contratación de los preparadores laborales que realizan las acciones de empleo con apoyo.

Respecto a la figura clave de esta modalidad de empleo, el preparador laboral, se exige “estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad, que les capacite para la realización de las funciones propias de su puesto” (art. 7 RD 870/2007, de 2 de julio). Consideramos que es un error no contemplar la figura del terapeuta ocupacional como profesional idóneo para desempeñar ese papel ya que su formación es óptima para favorecer la autonomía de las personas con discapacidad, cuya máxima expresión es la autonomía laboral (*vid. infra* apartado 14).

El empleo con apoyo es un sistema de inclusión laboral que pretende conseguir que las personas con discapacidad, por medio de servicio y acciones centradas en la persona puedan mantenerse en una empresa ordinaria. La persona con discapacidad obtiene apoyo personalizado por parte de profesionales y otros tipos de apoyo, en función de sus necesidades⁶⁰³. La intensidad y duración del apoyo será el necesario para asegurar el mantenimiento del puesto de trabajo.

⁶⁰¹ Como ejemplo mencionamos la estrategia seguida en Labor-3 AFANIAS, disponible en línea: [<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220638865347&ssbinary=true>]

⁶⁰² European Union of Supported Employment, EUSE, 2011.

⁶⁰³ Interesante estudio realizan los siguientes autores como continuación de otros cuatro anteriores: JORDANS DE URRÍES VEGA, B. Y VERDUGO ALONSO, M.A y VICENT RAMIS, C., *Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, Documentos 59/2005, 2005. Disponible en línea [<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu>]. Con el fin de facilitar el desarrollo del empleo con apoyo en toda Europa se creó en 1993 la Unión Europea del empleo con apoyo cuyo fin es promocionar este modelo de empleo, el de información

El empleo con apoyo tiene dos vertientes. Se dirige tanto a las unidades de apoyo a los Centros Especiales de Empleo como a programas de empleo con apoyo en el mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

Los destinatarios finales del programa de empleo con apoyo serán trabajadores con discapacidad inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados, así como trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo, siempre que, en ambos casos, se encuentren en alguno de los supuestos siguientes:

- Personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.
- Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.
- Personas sordas y con discapacidad auditiva, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%⁶⁰⁴.

Los trabajadores deberán ser contratados por una empresa del mercado ordinario de trabajo, para ser empleados efectivamente en la organización productiva de la empresa mediante un contrato indefinido o de duración determinada, siempre que la duración del contrato sea, en este caso, como mínimo de seis meses. En el supuesto de contratación a tiempo parcial, la jornada de trabajo será al menos del 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

Podrán promover proyectos de empleo con apoyo y ser beneficiarios de las correspondientes subvenciones las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, centros especiales de empleo o empresas del mercado ordinario de trabajo, que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a los trabajadores con discapacidad a los que se les va a prestar empleo con apoyo.

y conocimiento de buenas prácticas así como proporcionar una plataforma para la creación de contactos a nivel mundial. Disponible en línea [http://sid.usal.es/ids/F8/FD09298/EUSE_Spanish.pdf]. En España se encuentra al Asociación Española de Empleo con Apoyo.

⁶⁰⁴ Art. 3 y disposición adicional primera 870/2007 de 2 de julio.

5.1 Empleo con apoyo en el mercado ordinario

La primera modalidad de ayuda es el Programa de Empleo con Apoyo en el mercado ordinario de trabajo, regulado por el Real Decreto 870/2007⁶⁰⁵. Su objetivo es la orientación, asesoramiento y acompañamiento a la personas con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación del puesto de trabajo. También pretende acercar al trabajador beneficiario, el empleador y el personal de la empresa, ayudar al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, adiestrarlo en las tareas propias del puesto de trabajo, evaluar el proceso de inserción en el puesto de trabajo y asesorar e informar a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

Los destinatarios del programa son trabajadores con discapacidad severa inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados, y los trabajadores con discapacidad contratados por CEE⁶⁰⁶. Estos trabajadores deben ser contratados por una empresa ordinaria, mediante contrato indefinido o temporal, de al menos 6 meses, con una jornada de trabajo de al menos el 50 por 100 de la de un trabajador comparable. Las empresas pueden acogerse a las ayudas de trabajadores con discapacidad.

Las ayudas están destinadas a financiar los costes laborales y de Seguridad Social, derivados de la contratación de los preparadores laborales, que se generen durante el periodo de desarrollo del proyecto de empleo con apoyo (entre 6 meses y un año, prorrogable otro año más). Podrán ser beneficiarios de estas subvenciones las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, entre cuyo objeto social se encuentre la inserción de personas con discapacidad, los CEE y empresas del mercado ordinario, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten a los trabajadores con discapacidad beneficiarios de estas acciones. Todas estas empresas deben contar con preparadores laborales especializados en su plantilla o se deben comprometer a incorporarlos así como disponer de los recursos materiales necesarios para el desarrollo de estos programas.

⁶⁰⁵ RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (BOE 17-07-2007). Tiene el carácter de medida estatal a efectos de su aplicación para el conjunto del Estado, por parte de las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales, en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, conforme establece la disposición final duodécima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012).

⁶⁰⁶ En el caso de que el trabajador con discapacidad contratado procediera de la plantilla de un CEE, pasará a la situación de excedencia voluntaria en dicho centro den las condiciones que establecen el art. 46.2 y 5 ET y, en su caso, en convenio colectivo de aplicación.

El tiempo de atención a cada trabajador no podrá ser inferior a un tercio del porcentaje de la jornada en caso de trabajadores con discapacidad con parálisis cerebral, discapacidad intelectual o enfermedad mental con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100; a un quinto de la jornada si la discapacidad está entre el 33 y el 65 por 100 y a un octavo en caso de trabajado con discapacidad física o sensorial con grado de al menos el 65 por 100 y las personas sordas y con discapacidad igual o superior al 33 por 100.

Este artículo puede condicionar negativamente la integración laboral, teniendo el efecto contrario al deseado . No es adecuado preestablecer el tiempo de atención que necesitará cada trabajador. Se nos antoja que sería como pautar el tiempo que un médico debe dedicar a cada paciente según esté diagnosticado con un tipo u otro de patología, y que el equipo sanitario, se vea obligado a dedicar, al menos un 80%, un 50%, de su jornada a estos pacientes.

Por otro lado, la proporción mínima de un preparador laboral por cada tres trabajadores con discapacidad mental/intelectual, igual o superior al 65%, parece a todas luces, antieconómica, de la misma manera que el número mínimo establecido de 1 por cada 5 o 1 por cada 8 trabajadores de los grupos b) y c). Habría que plantearse otras alternativas.

5.2 Unidades de apoyo a los Centros Especiales de Empleo

La segunda modalidad de ayudas se establecen en el RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en marco de los servicios de ajuste personal y social de los CEE. Son servicios de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, cultural y deportiva, que procuren al trabajador una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social⁶⁰⁷ con el fin de conseguir su integración laboral.

Mediante equipos multiprofesionales se trata de ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades a los trabajadores con discapacidad de los CEE que se encuentran en proceso de incorporación, permanencia o progreso en un puesto de trabajo. Se trata acciones dirigidas a trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral⁶⁰⁸. Para ello, tras valorar la capacidad de la persona y analizar las

⁶⁰⁷ La definición legal de los servicios de ajuste personal y social de los CEE se introdujo en el art. 42.2 LISMI, mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁶⁰⁸ Los destinatarios finales son los trabajadores s que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: personas con discapacidad severa (aquellas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33 por 100 y personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por

exigencias del puesto, se detectan y determinan las necesidades de apoyo para que el trabajador pueda desarrollar su actividad profesional, ya sean formativas o de otro tipo, con el fin de favorecer y potenciar su autonomía en el puesto. Se tendrá en cuenta el entorno familiar y social para que sirvan de estímulo y ayuden a la estabilidad del empleo. Se trata de favorecer la incorporación del trabajador al CEE, al enclave o al mercado ordinario, dependiendo de la situación de cada persona.

Estas ayudas tienen el objetivo de financiar los costes derivados de la contratación indefinida de trabajadores para las unidades de apoyo en los CEE. Se fija una cuantía máxima de 1.200 euros anuales por cada trabajador que cumpla los requisitos y sea contratado por un mínimo de seis meses.

Respecto al empleo con apoyo queremos destacar dos ideas. En primer lugar, señalar que existe un refuerzo doble para promover la integración de personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, o personas sordas o con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% frente al resto de personas con discapacidad ya que estos trabajadores de los CEE se pueden beneficiar del empleo con apoyo regulado en el RD 820/2007 dirigido a la inclusión en el trabajo ordinario, y del RD 469/2006 en el marco del propio CEE. Esto nos hace plantearnos si el resto de personas con discapacidad están siendo discriminadas.

En segundo lugar, un aspecto mucho más relevante pero relacionado con el anterior, es el modo en el que se realiza esa clasificación. Recordemos que la CIF establece condiciones de salud (enfermedades, desórdenes, lesiones) y dominios funcionamiento-discapacidad con dos componentes: a) estructuras y funciones corporales, que serán íntegras o con deficiencia y b) actividad y participación, dependiendo de si se pueden realizar tareas o están limitadas. Pues bien, los tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad no se establecen teniendo en cuenta esta Clasificación de la OMS, y esto es un error. Lo importante para establecer la intensidad de un tratamiento para estimular la empleabilidad no debe ser la condición de salud, esquema que siguen las normas, sino el grado de actividad y participación que esa persona tiene o podrá llegar a tener, y que le permitirá realizar o no las tareas propias de su actividad laboral.

100) y otros trabajadores con discapacidad del CEE siempre y cuando no se menoscabe la atención y dedicación a los grupos anteriores.

5.3 Incentivos para la contratación de empleo con apoyo

Las empresas tendrán derecho a los beneficios previstos en la normativa sobre contratación de trabajadores con discapacidad en los términos establecidos en la misma⁶⁰⁹. También tendrán derecho a subvenciones específicas que se destinarán a financiar los costes laborales y de Seguridad Social que se generen durante el periodo de desarrollo del proyecto de empleo con apoyo, derivados de la contratación de los preparadores laborales por las entidades promotoras de empleo con apoyo.

La cuantía de las subvenciones se establece en función el número de trabajadores, tipo y grado de discapacidad:

- 6.600 euros anuales por cada trabajador con parálisis cerebral, discapacidad intelectual o enfermedad mental, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100;
- 4.000 euros anuales por cada trabajador con parálisis cerebral, con enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido entre el 33 por 100 y el 65 por 100;
- 2.500 euros anuales por cada trabajador con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad de al menos el 65 por 100 y las personas con discapacidad auditiva, con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Estas subvenciones se reducirán proporcionalmente en función de la duración del contrato de cada trabajador con discapacidad así como en función de su jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial.

Estas subvenciones son compatibles con las establecidas en el Real Decreto 469/2006⁶¹⁰, para las unidades de apoyo a la actividad profesional de los Centros especiales de empleo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el CEE, preste las acciones de apoyo previstas a los trabajadores con discapacidad contratados y atendidos en cada programa, con las limitaciones en cuanto al tiempo de atención y número de trabajadores a atender establecidas para dichos programas, y que los costes laborales y de Seguridad Social generados por la contratación laboral del preparador o preparadores laborales, a los que se refieren el Real Decreto 469/2006, se imputen proporcionalmente en función de la dedicación a la unidad de apoyo a la actividad profesional o al proyecto de empleo

⁶⁰⁹ Ley 43/2006, de mejora del crecimiento y del empleo; RD 1451/1983.

⁶¹⁰ Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los centros especiales de empleo.

con apoyo, siempre que la suma total de las dos subvenciones no supere dichos costes⁶¹¹.

Las subvenciones se reducirán proporcionalmente en función de la duración del contrato de cada trabajador con discapacidad así como en función de su jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial.

Se concederán por períodos máximos de un año, prorrogables hasta dos años y seis meses cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo, previa solicitud por parte de las entidades interesadas.

El procedimiento de concesión de las subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva.

Numerosos autores se muestran partidarios de este modelo de inserción laboral pero señalan que debe ir acompañado de un incentivo económico ya que la inestabilidad en su financiación está limitando su implantación⁶¹².

En España, esta fórmula de empleo tiene gran éxito para la incorporación laboral de personas con enfermedad mental cuyo principal problema, más que conseguir un empleo, es mantenerlo.

Desde nuestro punto de vista, se trata de un proceso óptimo para trabajadores con daño sobrevenido, independientemente de las secuelas. Permite identificar la viabilidad de recolocar al trabajador en su anterior puesto de trabajo de manera efectiva y, en caso contrario, analizar su posible reubicación en otro puesto dentro de la misma empresa. El proceso de reincorporación al trabajo siempre debería contar con un preparador laboral, para nosotros, terapeuta ocupacional, que garantice las medidas de adaptación adecuadas para que sea un éxito. Este proceso debería llevarse a cabo, en el caso de trabajadores con daño sobrevenido, desde el

⁶¹¹ El Real Decreto-ley 3/2011 derogó ambas normas, pero la Estrategia Española de empleo 2012-2014 estableció las mismas subvenciones para el empleo con apoyo en la empresa ordinaria. En cuanto a las Unidades de apoyo en los CEE, hace referencia de nuevo al Real Decreto 469/2006, pero no indica la posibilidad de los CEE de ser beneficiarios de las ayudas al empleo con apoyo establecidas para las empresas ordinarias. Posteriormente el Real Decreto- ley 3/2012 declara de nuevo la vigencia del Real Decreto 469/2006 y del Real Decreto 870/2007, descritos anteriormente.

⁶¹² LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al mercado Laboral...", op. cit. pp. 138-139 y ESTEBAN LEGARRETA, R. "Contrato de trabajo y discapacidad, Madrid, Ibídem ediciones, 1999, p. 212. En cuanto a la necesidad de financiación, ya el CES en su informe de 1995 planteaba la conveniencia de incentivar social y económicamente esta fórmula de empleo. Vid, CES, *Informe 5/95 sobre la situación de empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, p.67.

inicio del tratamiento, esto es, desde la habilitación o rehabilitación médico funcional, para poder adaptar el puesto a las capacidades del trabajador. En caso de no ser posible, este proceso permitiría reorientar su actividad profesional e identificar las posibles necesidades de formación.

A pesar de ser una estrategia con gran potencial, aún se sigue primando el empleo protegido. Esta fórmula de empleo presenta numerosas ventajas siendo la más importante, que se proyecta al empleo normalizado. Respeta las necesidades individuales, los deseos y las aspiraciones de trabajo siguiendo los principios de individualidad, respeto, autodeterminación, elección informada, empoderamiento, confidencialidad, flexibilidad y accesibilidad. Trata de garantizar una integración sostenible y una seguridad salarial, por lo que nos parece muy interesante para el sostenimiento del sistema ya que reduce la dependencia de las prestaciones sociales. Es una fórmula que se debe aplicar a toda persona con discapacidad, con el fin de adecuar las exigencias del trabajo a sus capacidades independientemente de si lo que se pretende es la reincorporación al anterior puesto de trabajo, pongamos por ejemplo, en personas con daño sobrevenido, o en uno nuevo ya sea dentro del empleo ordinario –público, por cuenta ajena, autónomo-, o protegido.

6 Empleo protegido

El empleo protegido es una estrategia de integración en el mercado laboral dirigida a personas con discapacidad que son empleadas en empresas que cumplen determinadas características orientadas a facilitar la incorporación de estos trabajadores.

Las empresas generadoras de empleo protegido en España son los Centros Especiales de Empleo, y se denominan así por cumplir determinadas condiciones. El empleo que crean reúne las mismas características que el empleo generado en empresas ordinarias pero ofrecen una serie de apoyos que facilitan la integración de personas con discapacidad⁶¹³.

Otra fórmula de empleo protegido que pretende acercar los CEE a las empresas ordinarias son los Enclaves Laborales regulados por el RD 290/2004 como medida de fomento de empleo de las personas con discapacidad. Utiliza los recursos económicos de los CEE para atraer la apuesta empresarial por la contratación de personas con discapacidad. Facilita la salida de las personas con discapacidad del

⁶¹³ Con el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE, núm. 141, de 14 de junio de 2006), también se generaron otras iniciativas instituidas y tuteladas por alguna entidad no lucrativa que ha dado lugar a las llamadas empresas de inserción, pero sin el amparo y reconocimiento que avala a los CEE.

entorno protegido que supone el CEE y su incorporación en empresas abiertas junto a trabajadores pertenecientes al mercado de trabajo ordinario. Es una fórmula que minimiza el riesgo empresarial que podía existir en el CEE, al quedar garantizada la actividad laboral por el periodo de duración del contrato del Enclave Laboral.

6.1 Los Centros Especiales de Empleo

La Sección Tercera del TRLGPD, dedicada al empleo protegido se inicia con el art. 43, definiendo los centros especiales de empleo (CEE) para la inclusión de las personas con discapacidad⁶¹⁴. El art. 44 hace referencia a la compensación económica que se atribuyen a los CEE⁶¹⁵ y el art. 45 alude a la posibilidad de crear tanto por parte de los organismos públicos y privados así como por parte de las empresas, este tipo de centros⁶¹⁶.

El desarrollo de los CEE tiene su origen en la LISMI en cuyo art. 37 establecía como fin primordial de las políticas de empleo la integración en el mercado ordinario, o en su defecto, al empleo protegido⁶¹⁷.

El Real Decreto 2273/1985 regula el Reglamento de los CEE. En él plantea que los CEE pueden ser públicos o privados y con ánimo de lucro o sin él. También establece que los CEE deben contar con una serie de requisitos, a saber: deben estar inscritos en un registro del SEPE o de la CCAA, deben presentar un plan de viabilidad; al menos el 70 por 100 de su plantilla tiene que estar formado por trabajadores con un grado de discapacidad mínimo del 33 por 100 e igual porcentaje de reducción en su capacidad para el trabajo. No se computará para este cálculo el personal sin discapacidad del servicio de ajuste personal y social si existiera⁶¹⁸ por lo que pueden trabajar en un CEE los trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta

⁶¹⁴ Al igual que ya hacía a través del art. 42 la LISMI, en su redacción modificada por el apartado segundo del artículo 42 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁶¹⁵ Reproduciendo literalmente el art. 43 LISMI.

⁶¹⁶ De la misma forma que ya lo hacía art. 44 LISMI.

⁶¹⁷ El art. 37 de la LISMI, en su redacción dada por el art. 38 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE , núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), ha sido recogido en el art. 35 del RD-L 1/2013. En él se elimina la preferencia por el mercado de trabajo ordinario, frente al protegido.

⁶¹⁸ Hasta 1998 se exigía que la totalidad de la plantilla, con matices, estuviera formada por personas con discapacidad, pero fue modificado por la Ley 66/97, de 30 de diciembre.

o gran invalidez. Es una fórmula de preparación y entrenamiento que debe servir para impulsar la integración laboral en las empresas ordinarias.

Los CEE son empresas promovidas principalmente por asociaciones de personas con discapacidad y/o sus familiares, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda constituir uno. Su objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la posibilidad de realizar un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite su integración en el mercado ordinario de trabajo⁶¹⁹. Deben prestar servicios de ajuste personal y social que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas con discapacidad tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. También se encuentran comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

No se pueden establecer generalidades de sector, actividad o tamaño ya que desarrollan muy diversas actividades. Nacen ligados a la subcontratación industrial pero se han ido abriendo a nuevos mercados que les han llevado a la producción de bienes o prestación de servicios. Entre las actividades más conocidas se encuentran limpieza, telemarketing, montajes industriales, manipulados, tratamiento de datos, textil o jardinería⁶²⁰.

Económicamente son empresas, en la medida que están dirigidos a intervenir en el mercado de bienes y servicios. Tienen como finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad que en ellos trabajen y como finalidad añadida la posible prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad.

Su forma jurídica es variada ya que su titular puede ser una persona física o jurídica, pública o privada, incluso comunidad de bienes con la sola exigencia de tener capacidad jurídica y de obrar para ser empresario.

La norma básica por la que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajan en CEE es el Real Decreto 1368/1985, vigente en la actualidad tras sufrir diversas modificaciones⁶²¹. La relación laboral

⁶¹⁹ VIDAGANY PELÁEZ, J.M. Y GARCÍA SENTANDREU, J. *Derecho para la discapacidad. Los centros especiales de empleo*, Valencia, Diario del Puerto, 2003.

⁶²⁰ Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM) [<http://www.feacem.es/FEACEM/CEE>].

⁶²¹ Se completa la regulación con el RD 1368/1985, en el RD 427/1999 y en el ET.

tiene una mayor flexibilidad⁶²², los contratos pueden ajustarse a cualquiera de las modalidades previstas excepto el de formación, que tiene características especiales, al igual que el contrato a domicilio. Existe un modelo especial de contrato único para realizar cualquier tipo de contratación⁶²³.

La naturaleza de los CEE implica *a priori* una serie de contradicciones entre sus objetivos ya que por un lado han de ser empresas normalizadas que tienen que competir en el mercado dentro del sector o del ámbito en el que se ubiquen por lo que la productividad, gestión económica y de recursos humanos y materiales, se equiparan a los de cualquier empresa. Pero, por otro lado, tienen una función social, ya que han de perseguir la inserción socio-económica de las personas con discapacidad. En este caso, los CEE promueven la inserción a través de la actividad laboral que generan dirigida a personas con limitaciones funcionales. Esta dualidad hace que los CEE puedan partir con desventaja en el mercado laboral, ya que es más elevada y menos flexible. Para corregir este desequilibrio y permitir que los CEE puedan competir con las empresas ordinarias, existen subvenciones e incentivos⁶²⁴.

6.2 Incentivos para el empleo protegido

Las ayudas al empleo de personas con discapacidad dirigidas a los CEE están orientadas al mantenimiento de puestos de trabajo y a proyectos generadores de empleo.

El art. 10 del Reglamento de los CEE recoge que se financiarán, entre otras fuentes, a través de ayudas de la administración, que se concretan en subvenciones por puesto de trabajo de persona con discapacidad, bonificaciones de la cuota empresarial de la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos y eliminación de barreras. El art. 11 establece también que las administraciones podrán establecer convenios con los CEE con compensaciones económicas para equilibrar su presupuesto cuando sean declarados de utilidad pública e imprescindibilidad. Para garantizar la correcta utilización de estas ayudas, el art. 13 establece la obligación de realizar memorias justificativas de la actividad y del cumplimiento de los objetivos económico-financieros. Por lo tanto, los CEE

⁶²² Este tema se aborda con detalle en ESTEBAN LEJARRETA, R., "La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico" en ESTEBAN LEJARRETA, R., y PÉREZ AMORÓS, .(Dirs.) *La aplicación del Derecho del Trabajo en CEE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 87 a 97.

⁶²³ JORDÁN DE URRÍES y VERDUGO *Informe sobre la situación de los Centros Especiales de Empleo en España*, Madrid, 2010 , pp. 4 y 5

⁶²⁴ VVAA., *Los Centros Especiales de Empleo en la Comunidad Valenciana: problemática y propuestas de mejora*, IBV, FEAPS, p.17.

reciben una serie de ayudas y subvenciones. Su justificación se relaciona con su labor como promotores de empleo de un colectivo con mayores dificultades de inserción y menor productividad. Veamos la evolución que han tenido.

La Orden de 21 de febrero de 1986 ⁶²⁵por la que se establecen diversos programas de apoyo a la creación de empleo, establece ayudas destinadas a los CEE:

- Subvenciones al mantenimiento de empleo mediante bonificaciones del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social, compensación del 50 por 100 del SMI por puesto de trabajo, subvención hasta de 1.803, 04 euros para la adaptación del puesto de trabajo, subvención, por una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente al CEE y subvención para asistencia técnica.
- Subvenciones a proyectos generadores de empleo, por un importe máximo de 12.020 euros en total para asistencia técnica, sufragar inversión fija en proyectos de interés social y subvención parcial de intereses de préstamos.

La Orden de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los discapacitados en CEE:

- Sustituye en las ayudas al mantenimiento de empleo la subvención para ayuda técnica, por una subvención dirigida a equilibrar el presupuesto en aquellos CEE sin ánimo y de utilidad pública. Establece un nuevo límite a proyectos generadores de empleo.
- Establece un nuevo límite a las ayudas a proyectos generadores de empleo en función de la proporción de trabajadores con discapacidad en la plantilla de 9.015,18 euros si se encuentra entre el 70 y 90 por 100 y de 12.020,24 euros si es superior.

El Real Decreto-ley 5/2006 modifica las bonificaciones de la Seguridad Social y diferencia las bonificaciones en función del tipo de contrato, siendo de 3000 euros/año en caso de indefinido y de 2.200 euros/año si era temporal. La Ley 42/2006 incorpora de nuevo la bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

La Ley 27/2009 amplía las ayudas al mantenimiento de empleo y se subvenciona el 75 por cien del SMI.

⁶²⁵ Vigente hasta el 8 de junio de 2007

El Real Decreto- ley 3/2011 deroga el Capítulo VII del Real Decreto 2273/1985 (reglamento de CEE), el Real Decreto 469/2006 (unidades de apoyo) y la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de octubre de 1998 (bases reguladoras de ayudas y subvenciones a CEE). Mantiene estas disposiciones en vigor hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012.

La Estrategia Española de Empleo 2012-2014 establece incentivos a la creación de empleo indefinidos de 12.000 euros para contrato de trabajadores con discapacidad severa si el porcentaje de trabajadores con discapacidad se encuentra entre el 70 y el 90 por cien de la plantilla o 15.000 euros si el porcentaje es mayor. También establece incentivos al mantenimiento de estos centros, mediante subvenciones del 50 por 100 del SMI, 1.800 euros para la adaptación del puesto de trabajo e incentivos para el reequilibrio presupuestario en CEE sin ánimo de lucro de hasta 1500 euros por persona contratada. También se mantienen las bonificaciones del 100 por 100 de cuotas a la Seguridad Social establecidas en la Ley 43/2006.

El Real Decreto-ley 3/2012 pone en vigor las normas derogadas por el Real Decreto-ley 3/2011 quedando distribuidas del siguiente modo:

- Ayudas al mantenimiento de puestos de trabajo: subvención durante toda la vigencia del contrato, del 50 por cien del SMI correspondiente al puesto de trabajo de una persona con discapacidad con jornada completa o su parte proporcional, si es a tiempo parcial. Tres tipos de subvenciones, por una sola vez, para adaptación de puestos de trabajo en cuantía no superior a 1.803,04 euros, para equilibrar y sanear financieramente a los CEE y para equilibrar el presupuesto de aquellos CEE que carezcan de ánimo de lucro. Bonificación, durante toda la vigencia del contrato, del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social.
- Ayudas a los proyectos generadores de empleo con carácter estable mediante subvenciones, en conjunto de 9.015 euros si el CEE tiene en su plantilla entre el 70 y 90 por 100 de trabajadores con discapacidad y de 12.020,24 euros si el porcentaje es mayor, para asistencia técnica, sufragar la inversión fija en proyectos de interés social y para subvención parcial de intereses de los préstamos.

Este tipo de ayudas que siguen un criterio de discriminación positiva es valorado muy positivamente por los CEE pero el retraso en los pagos, la ingente cantidad de

trabajo administrativo que requieren o el escaso desarrollo de las ayudas dirigidas a la adaptación de puestos de trabajo, hacen que disminuya su efectividad⁶²⁶.

Ya la LISMI, en su art. 42 contemplaba la figura de estos centros como mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario, si bien podrían desempeñar su actividad laboral de forma estable en dichos centros aquéllos trabajadores que estuvieran afectados por una discapacidad que dificultase su inserción en el mercado de trabajo ordinario. En los últimos años se ha incrementado considerablemente el número de CEE así como el número de trabajadores en sus plantillas⁶²⁷ pero se utiliza como canal de transición al mercado ordinario.

Por su número absoluto Andalucía, Cataluña, Madrid y el País Vasco son Comunidades Autónomas con una mayor presencia de CEE, si bien Navarra y País Vasco se sitúan por encima de la media al realizar el análisis por población relativa⁶²⁸.

Una de las principales críticas que se puede realizar a esta fórmula de empleo es el fracaso de su esencia como medida para facilitar el tránsito al empleo ordinario. El empleo protegido es un sistema subsidiario de inserción. Entre los factores que explican esta situación se encuentran los siguientes: Los CEE muchas veces se muestran reticentes a permitir esa transición, especialmente de los trabajadores con mayor capacidad productiva porque amenazaría la propia viabilidad del centro; existen grandes perjuicios por las empresas ordinarias de incorporar a

⁶²⁶ Estudio de los CEE Comunidad Valenciana, p. 27. Del Informe Transición del CO al CEE se desprenden los siguientes datos: De la muestra empleada 9.291 personas con discapacidad, 6.832 se encuentran en CEE. Un 61% son hombres y prácticamente la mitad de los usuarios son mayores de 45 años. Los usuarios cuentan con discapacidad física (44%), intelectual (29%), enfermedad mental (14%) y auditiva (9%), siendo muy poco frecuente la visual (2%). Estos datos coinciden con el informe Presente y futuro de los CEE(2013) que indica que los usuarios tienen un 48% discapacidad física, 42% discapacidad psíquica (que incluye enfermedad mental y discapacidad intelectual) y 10% discapacidad sensorial. En la mayoría de los centros realizan evaluaciones de las competencias y habilidades de cada persona (65%) de una manera sistematizada, con descripción de las competencias clave y asignación al puesto en función de esta evaluación (Informe de Transición CO a CEE p. 39). El 8% del total de personas en CEE ha transitado a un empleo ordinario en los dos últimos años (Informe de Transición CO a CEE p. 47)

⁶²⁷ En el año 2006 el número de centros especiales de empleo se triplicó con respecto al número de centros que había en 1996. En la actualidad, fecha 1 octubre 2014, sólo en la Comunidad de Madrid existen 189 CEE. Disponible en línea

[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1132042963197&idTema=1142604484211&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1273078188154&pv=1132043946613]

⁶²⁸ FCS- Inserta, Fundación ONCE y UE- Fondo Social Europeo Transición de Centro Ocupacional a Centro Especial de Empleo, 2014, p. 21. Ha elaborado el estudio a partir de Presente y futuro de los CEE en España (KPMG:2013). Datos de población: Padrón municipal (INE:2013). Disponible en línea [<http://www.odismet.es/es/quees>].

trabajadores con discapacidad y las familias también ofrecen resistencia por la posible pérdida de seguridad y estabilidad que encuentran en el CEE⁶²⁹.

Existe un sector que demanda reducir el porcentaje obligatorio de personas con discapacidad que componen la plantilla para favorecer la competitividad y su sostenimiento. Consideran que otorgar una mayor flexibilidad en la composición de la plantilla aumentaría el riesgo de competencia desleal teniendo en cuenta las ayudas que reciben frente a las empresas ordinarias⁶³⁰. Nos mostramos de acuerdo con esta reflexión.

6.3 Los enclaves laborales

El art. 46 del TRLGDPD añade, como novedad, la incorporación de los enclaves laborales para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad⁶³¹. Recoge que el enclave laboral es el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

Los objetivos de estos enclaves son beneficiar el tránsito desde el empleo en los CEE al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo de las personas con discapacidad y, en particular, de aquellas que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, en segundo lugar, permitir a los trabajadores con discapacidad de un CEE desarrollar su actividad laboral en una empresa del mercado ordinario de trabajo completando, en todo caso, su experiencia profesional mediante el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa, facilitando de esta

⁶²⁹ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R. "La relación laboral...ob. cit. p.90 y RUBIO ARRIBAS, F.J., *Aproximación sociolaboral al empleo protegido: los Centros Especiales de Empleo*, Madrid, CCOO Unión Sindical Madrid Región, 2003, p. 54.

⁶³⁰ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R. "La relación laboral....op. cit. p. 72, 73.

⁶³¹ Previstas en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero de 2004). Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 29 de diciembre de 2006) procedente del Real Decreto. Ley 5/2005, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-6-2006). En la Comunidad Autónoma de Madrid los enclaves laborales se encuentra desarrollada por la Orden 468/2007, de 7 de Marzo, del Consejero de Empleo y Mujer, por la que se adapta la organización de la Comunidad de Madrid el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para un cumplimiento alternativo con carácter excepcional de cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad (BOCM de 21 de marzo de 2007). Corrección de errores: Orden 707, de 30 de marzo (BOCM de 07 de mayo de 2007).

manera sus posibilidades de acceso al mercado ordinario de trabajo; en tercer lugar, conseguir que la empresa del mercado ordinario de trabajo en la que se realiza el enclave laboral tenga un mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación a la plantilla de la empresa; en cuarto lugar, posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los CEE y, por tanto, la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, favoreciendo la creación de empleo estable para personas con discapacidad; y en quinto lugar, facilitar a las empresas el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del dos por 100 de trabajadores con discapacidad establecida en el artículo 38.2 de la Ley 13/1982 de la LISMI (Ley derogada por este Real Decreto que fija el mismo porcentaje en su artículo 42) transitoriamente, como medida alternativa en los términos previstos en la normativa aplicable y, definitivamente, mediante la contratación directa de los trabajadores con discapacidad del enclave por la empresa colaboradora y otra empresa del mercado ordinario del trabajo⁶³².

Sus características fundamentales son:

- El contrato de enclave laboral debe reunir un contenido mínimo con la identificación de las partes, determinación de la obra o servicio objeto del contrato, del centro de trabajo, duración, número de trabajadores y precio convenido.
- Forman parte trabajadores con discapacidad pertenecientes a un CEE⁶³³.
- El 60 por cien, como mínimo, de los trabajadores del enclave deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo: personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por cien; las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por cien; mujeres con discapacidad no incluidas en los grupos anteriores con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por cien. Este grupo no podrá superar el 50 por cien del total del enclave.

⁶³² Esta figura se analiza con detalle en GARRIDO PÉREZ, E., "Los enclaves laborales: ¿Una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero", *Ius Labor*, nº3/2005. Y también, VILLAR CAÑADA, I.M. "Los enclaves laborales" en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.) *Empleo y mercado de trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005.

⁶³³ Su relación laboral se rige por lo establecido en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajen en los centros especiales de empleo (BOE 08/08/1985) modificado por el Real Decreto 427/1999 de 12 de marzo (BOE de 26/3/1999).

- Los demás trabajadores del enclave deberán ser trabajadores con discapacidad con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por cien.
- El 75 por cien, como mínimo, de los trabajadores del enclave deberá tener una antigüedad mínima de tres meses en el centro especial de empleo.
- Finalizado el contrato de enclave, todos los trabajadores con discapacidad seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado o aquellos que se incorporen a la empresa colaboradora.
- El trabajador, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el artículo 46.2 y 5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En el Real Decreto 290/2004 se establece que las empresas colaboradoras que contraten con carácter indefinido a un trabajador del enclave con discapacidad que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo tendrían derecho a las siguientes ayudas: a) una subvención del 7.814 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa. Si el contrato fuera a tiempo parcial la subvención se reducirá proporcionalmente según la jornada de trabajo pactada. La subvención podría ser destinada por al empresa colaboradora, total o parcialmente, a servicios de apoyo del trabajador, b) bonificación del 100 por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta durante toda la vigencia del contrato y c) una subvención por adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras u obstáculos de 901,52 euros⁶³⁴.

Si el trabajador con discapacidad del enclave que se incorpora con carácter indefinido a la empresa colaboradora no estuviera incluido en el colectivo de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, la empresa colaboradora tendrá derecho a las ayudas para la contratación indefinida en empresas ordinarias.

Tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006 se mantiene la subvención de 7.814 euros, pero las bonificaciones pasan a ser las establecidas por esta norma para los contratos indefinidos: 4.500 euros anuales para los trabajadores con discapacidad,

⁶³⁴ De conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

5.350 euros/año si son mujeres y 5.700 si tienen más de 45 años. Estos importes serán de 5.100 euros/año, 5.950 euros/año y 6.300 euros/año si se trata de trabajadores con discapacidad severa respectivamente.

El Real Decreto-ley 3/2011 también deroga los artículos 12 y 13 de esta norma, relativos a las subvenciones a la empresa ordinaria, estableciéndose mediante Real Decreto 1542/2011 las mismas subvenciones que las reconocidas para los contratos indefinidos de personas con discapacidad en empresas ordinarias: 4.000 euros si es una persona con discapacidad, 4.400 euro si se trata de una mujer. Estos importes serán de 8.000 euros y 8.400 euros en el caso de discapacidad severa; 1800 euros para adaptación del puesto de trabajo por trabajador con discapacidad).

Al entrar en vigor el Real Decreto-ley 3/2012 vuelven a estar vigentes las medidas establecidas en el Real Decreto 290/2004. Por tanto, las ayudas destinadas a empresas ordinarias que contraten a trabajadores con discapacidad provenientes de un enclave laboral son las siguientes:

- Subvención de 7.814 euros por cada contrato de trabajo a tiempo completo, que podrá ser destinada total o parcialmente a servicios de apoyo al trabajador, en el caso de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo. O subvención de 3.907 euros si el trabajador con discapacidad contratado no está incluido en dicho colectivo.
- Bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social de 4.500 euros/año para los trabajadores con discapacidad, 5.350 euros/año si son mujeres, y 5.700 euros/año si tienen más de 45 años; en el caso de trabajadores con discapacidad severa, estas cifras serán 5.100 euros/año; 5.950 euros/año y 6.300 euros/año.
- Subvención para la adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras y obstáculos de 901,52 euros⁶³⁵.

En el resto de los casos, la empresa colaboradora tendrá derecho al régimen general de ayudas a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad.

La duración será mínima de tres meses y máxima de tres años. Podrá prorrogarse hasta un máximo de seis años cuando se acredite la contratación indefinida por la

⁶³⁵ Subvención por adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras u obstáculos de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

empresa colaboradora y otra empresa ordinaria de un trabajador con discapacidad del enclave (en empresas de hasta 20 trabajadores) y de dos (cuando la empresa tenga más de 20 trabajadores). Transcurrido ese periodo máximo de seis años, el contrato de enclave finaliza, lo que no impide que el centro especial de empleo y la empresa colaboradora suscriban un nuevo contrato de enclave para otra actividad.

Se contempla el mismo régimen sobre exclusiones, así como obligaciones, incluida la de mantenimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores, que el de las bonificaciones reguladas en el de la Ley 43/2006, y el de las bonificaciones y ayudas reguladas en el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

No se aplicará la exclusión en los últimos tres meses de la relación laboral de carácter indefinido del trabajador con discapacidad con el centro especial de empleo.

Los enclaves son un instrumento jurídico destinado a facilitar la transición hacia el mercado ordinario que deben cumplir los CEE pero existe el riesgo de que algunos CEE concentren su actividad de subcontratación exclusivamente con este colectivo de trabajadores con discapacidad para lograr que, en el mejor de los casos, al final se contrate por la empresa ordinaria al menos a uno de ellos. El fundamento de los enclaves laborales es la contratación de servicios que guardan relación directa con la actividad normal de la empresa principal, que debe ser una empresa ordinaria, por lo que se ha planteado si se trata de una cesión ilegal de trabajadores⁶³⁶.

Los enclaves laborales son una figura de la que se podrían beneficiar los trabajadores con cualquier tipo y grado de discapacidad pero se ha convertido en una medida de actuación dirigida a posibilitar, que no asegurar, una futura contratación exclusivamente de aquellos con discapacidad más severa⁶³⁷.

El fin de los enclaves es facilitar la transición desde el empleo protegido en el CEE al empleo ordinario. Al trabajador con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno competitivo y a la empresa colaboradora, le permite conocer mejor las

⁶³⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo? En AAVV, Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo, MTAS, 2008, p. 147.

⁶³⁷ Los CEE no pueden dedicarse exclusivamente a prestar este servicio de enclave sino que deben ampliar el abanico de sus actividades y prestar aquellas que facilitan el acceso al mercado ordinario de personas discapacitadas por debajo de ese umbral de discapacidad severa o especialmente grave. En el caso de que estos también efectuaran servicios de subcontratación, mediante el CEE, al quedar al margen de la posibilidad de un enclave laboral, se someterían a las condiciones normativas del art. 42 ET. En este sentido GARRIDO PÉREZ, E., Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad..., op. cit. p. 17.

capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que podría finalmente llevarle a decidir incorporarlos a su plantilla.

En principio, también podrían posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los CEE y contribuir al cumplimiento de la cuota de reserva obligatoria para las empresas de más de 50 trabajadores.

La LISMI estableció por primera vez un sistema coherente de integración laboral. Tanto la cuota de reserva como el programa de inserción a través de los CEE fueron medidas pioneras. Pero si bien la importancia del empleo protegido es algo incuestionable, no es la solución al empleo de personas con discapacidad ni, en la mayoría de los casos, constituyen un sistema de transición hacia el empleo ordinario.

Hemos podido observar cómo las políticas de empleo dirigidas a personas con discapacidad se orientan a favorecer la inserción, por una parte, en el empleo ordinario y, por otra, al empleo protegido. Entre las medidas dirigidas al empleo ordinario, se encontrarían el sistema de cuotas de reserva, la adaptación de puestos y accesibilidad de entorno, y las dirigidas al empleo con apoyo, que a pesar de plantearse como estrategia de tránsito hacia el empleo normalizado es, en realidad, un recurso dentro de los CEE.

Las medidas destinadas al empleo protegido son mucho más numerosas: las medidas alternativas a la cuota de reserva permiten la contratación de bienes o servicios con los CEE, los enclaves laborales eximen a las empresas de cumplir las cuotas y las unidades de apoyo a la actividad profesional, dota de nuevos recursos la actividad de los CEE. Algunos autores han analizado la evolución de las inversiones en el empleo protegido⁶³⁸, y a la vista de los datos analizados afirman que existe una clara asignación de presupuestos a favor del empleo protegido frente al empleo ordinario. Por todo lo cual, sólo podemos afirmar que la Administración favorece el empleo protegido.

Algo que hasta ahora no nos habíamos planteado es el papel que pueden tener las organizaciones representativas, y que podrían llegar a cuestionar la verdadera objetividad de sus reivindicaciones. Algunos autores⁶³⁹ plantean que el CERMI, si

⁶³⁸ LALOMA, M. *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Madrid, Cinca, 2007. BAREA, J. y MONZÓN, J.L. *Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad en el País Vasco*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008. También han estudiado el tema RODRÍGUEZ, GARCÍA y TOHARÍA, *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Madrid, Cinca, 2009.

⁶³⁹ JORDÁN DE URRÍES, F. y VERDUGO ALONSO, M.A., *Informe sobre la situación de los CEE en España*, INICO, Salamanca, 2010, p. 47.

bien representa a las personas con discapacidad, sobretodo, representa a las estructuras que las agrupan, en las cuales, la red de CEE tiene una gran fuerza y practican políticas que se alejan de las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE, la OIT, la ONU, y la propia UE respecto a la promoción de políticas activas de promoción del acceso al empleo ordinario, y de progresiva reducción del empleo protegido. Esto vendría explicado por el papel que desempeñan entidades que se encuentran entre las fundadoras del Comité y que a través de sus fundaciones sostienen un gran tejido empresarial bajo la fórmula del empleo protegido y principales beneficiarias de todas las ayudas. Cuestión pendiente de estudiar.

7 Empleo autónomo

En la Sección 4ª del TRLGDPD, se hace referencia, a través de un único artículo al empleo autónomo. El art. 47 designa a los poderes públicos para que lleven a cabo la adopción de políticas de fomento del trabajo autónomo. Estas medidas se encuentran previstas ya en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en cuyo art. 30 se incluyen las reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia⁶⁴⁰.

El progreso de las nuevas tecnologías, los nuevos desarrollos organizativos y el avance de las telecomunicaciones permite que el trabajo autónomo prolifere y sea una opción para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie. En algunas ocasiones el autoempleo es la única vía de acceso al mercado de trabajo. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo establece que se prestará especial atención a los colectivos desfavorecidos o no suficientemente representados, entre los cuales las personas con discapacidad ocuparán un lugar preferente (art. 27.3). Los poderes públicos canalizan sus actuaciones a través de diferentes incentivos dirigidos a favorecer el trabajo autónomo de personas con discapacidad⁶⁴¹. El Real Decreto

⁶⁴⁰ El art. 30 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización modifica la disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Contempla reducciones equivalentes al 80% de la cuota durante los 6 meses o 12 inmediatamente siguientes a la fecha del alta así como una bonificación equivalente al 50% durante los 54 meses siguientes o los cuatro años siguientes dependiendo de si se trata de una persona menor o mayor de 35 años.

⁶⁴¹ Ayudas: Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio (BOE 7-6-2007). Bonificaciones: Disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE 13-12-2002), en su redacción dada

1542/2011 enumera los tipos de ayudas que deben aplicar las Comunidades autónomas y los Servicios Públicos de Empleo en sus respectivos ámbitos competenciales que deben incluir ayudas por establecimiento como autónomo, ayudas financieras sobre préstamos, ayudas destinadas a inversiones, ayudas de asistencia técnica y apoyo a la función gerencial, ayudas para la formación y ayudas destinadas al estudio de mercado y análisis de viabilidad.

7.1 Subvenciones e incentivos para autónomos con discapacidad

La Orden TAS/1622/2007 tiene por objeto el desarrollo y ejecución del Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional, en lo que se refiere al establecimiento de un programa de promoción del empleo autónomo, cuya finalidad es facilitar la constitución de desempleados en trabajadores autónomos o por cuenta ajena. Establece las siguientes subvenciones:

- Subvención para el establecimiento
 - En el ámbito de gestión de las CCAA, hasta un máximo de 10.000€. La cuantía la fijará cada CCAA, según el criterio de dificultad de inserción laboral (incluye desempleados con discapacidad y mujeres desempleadas con discapacidad).
 - En el ámbito de gestión del Servicio Público Estatal: 8.000€ para desempleados con discapacidad que en el caso de mujeres desempleadas con discapacidad asciende hasta 10.000€ con incremento del 10% si es víctima de violencia de género.
- Subvención financiera:
 - En el ámbito de gestión de las CCAA reducción de hasta 4 puntos del interés fijado por la entidad de crédito pública o privada, con el límite de hasta 10.000€, a determinar por cada Comunidad Autónoma según el criterio de la dificultad de inserción laboral (incluye desempleados con discapacidad y mujeres desempleadas con discapacidad).
 - En el ámbito de gestión del Servicio Público de Empleo Estatal, reducción de hasta 4 puntos del interés fijado por la entidad de crédito pública o privada, con el límite de 8.000€ para desempleados con

discapacidad y 10.000€ para mujeres con discapacidad, con un incremento del 10 % si es víctima de violencia de género.

Para poder acceder a estas subvenciones el solicitante debe ser desempleado y figurar inscrito como demandante de empleo en los servicios públicos de empleo, realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención, mantener su actividad empresarial y su alta en Seguridad Social o equivalente durante, al menos, tres años, acreditar la discapacidad⁶⁴² y cumplir otros requisitos u obligaciones que establezcan las comunidades autónomas⁶⁴³.

Algunas autonomías establecen una regulación más favorable incrementando las ayudas o a través de otras líneas de subvención⁶⁴⁴.

Por otra parte, para autónomos con discapacidad⁶⁴⁵ sin límites de edad y que se den de alta por primera vez en el Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (RETA), se contemplan los siguientes incentivos⁶⁴⁶.

- Reducción/bonificación de cuotas a la Seguridad Social en el RETA durante cinco años: Reducción de cuotas⁶⁴⁷ en el RETA durante los seis primeros meses, 80% de cuota (base y tipo mínimo, incluida la incapacidad temporal). Bonificación de cuotas⁶⁴⁸ en el RETA durante los 54 meses restantes, 50% de cuota (base y tipo mínimo, incluida la incapacidad temporal).
- El autónomo con discapacidad puede tener trabajadores con discapacidad.

⁶⁴² Se considera persona con discapacidad aquella que tiene reconocida un grado igual o superior al 33 por 100, así como pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

⁶⁴³ Debe cumplir con las obligaciones del art. 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de Subvenciones.

⁶⁴⁴ Asturias (Base 13ª BOPA 12 de noviembre 2009); Castilla y León (Base 19ª BOCyL de 13 de febrero 2009); Extremadura (art. 13.1.b DOE 12 de junio 2008) o Cantabria (BOC de 27 de marzo).

⁶⁴⁵ A efectos de las bonificaciones y reducciones en el RETA se considera persona con discapacidad aquella que tiene reconocido un grado de, al menos, el 33% de discapacidad.

⁶⁴⁶ Disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en su redacción dada por el artículo 30 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización (BOE 29-09-2013).

⁶⁴⁷ La reducción de cuotas tiene el concepto de menores ingresos en el Presupuesto de la Seguridad Social.

⁶⁴⁸ La bonificación de cuotas tiene el concepto de transferencia desde el presupuesto del SEPE para políticas activas de empleo al presupuesto de ingresos de la Seguridad Social.

Alta inicial o no alta en el RETA en los 5 años anteriores.

- Para autónomos con discapacidad menores de 35 años.
- Incentivo: reducción de cuotas a la Seguridad Social en el RETA durante 5 años: Reducción de cuotas en el RETA del 80% durante primeros doce meses. Reducción del 50% durante cuatro años siguientes.
- No aplicable a autónomos que empleen trabajadores por cuenta ajena.
- Si no cumplen los requisitos, pueden optar por la bonificación general .

La tramitación se realiza a través de las administraciones de la Tesorería General de Seguridad Social.

Existe otro tipo de incentivo que, en la práctica, incide sobre el fomento del autoempleo y es la posibilidad de capitalizar las prestaciones por desempleo⁶⁴⁹. Permite optar entre el abono de la prestación de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad, o por el abono fraccionado para subvencionar la cotización a la Seguridad Social.

Otra posibilidad es la incorporación de trabajadores con discapacidad desempleados como socios trabajadores o de trabajo a Cooperativas o Sociedades Laborales⁶⁵⁰. La incorporación debe suponer un incremento del empleo respecto de la media de los doce meses anteriores a la del nuevo socio.

En este caso las ayudas que pueden obtener este tipo de sociedades son las siguientes:

- Ayuda de 10.000 euros por cada persona con discapacidad que se incorpore. Si es a tiempo parcial, la cuantía de la ayuda es proporcional a la jornada efectiva.
- El tiempo mínimo de pertenencia es de 3 años; si fuese inferior deberá ser sustituido por otro trabajador con discapacidad.

⁶⁴⁹ Se trata de una medida que se introdujo en 2002 y tiene su fundamento en el art. 228.3 TRLGSS según el cual, cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora puede abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir, así como abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

⁶⁵⁰ Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre (BOE 11-11-2005). Ha sido declarada, por la disposición final duodécima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, medida estatal a efectos de su aplicación por parte de las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales, en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

- Bonificaciones en cuotas a la Seguridad Social: se aplican las previstas con carácter general siempre que se opte por Régimen de Seguridad Social de trabajador por cuenta ajena. Tanto en el caso de incorporación con vínculo societario indefinido como de transformación de un contrato temporal en un vínculo societario indefinido.

Las ayudas a tanto alzado no podrán concederse cuando se trate de incorporación de socios trabajadores o de trabajo que hubieran ostentado con anterioridad tal condición en la misma empresa en los dos años anteriores a su incorporación como socios.

Las bonificaciones de Seguridad Social serán las previstas con carácter general⁶⁵¹.

El empleo autónomo siempre ha contado con programas de generación de empleo pero ha tenido escasa demanda. El desarrollo de la tecnología y la potenciación de este tipo de empleo por parte de las asociaciones de personas con discapacidad es posible que permitan que esta fórmula experimente un crecimiento⁶⁵².

Las personas con discapacidad, según se recoge en le TRLGDPD pueden ejercer su derecho al trabajo a través del empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo; el empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales o mediante el empleo autónomo (art. 37.2 TRLGDPD). La orientación, colocación y registro de los trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral corresponderá a los servicios públicos (directamente o a través de entidades colaboradoras y agencias de colocación autorizadas). El artículo 38.3 alude a un futuro desarrollo reglamentario que establecerá la coordinación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de valoración y los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad. Esto supondría un gran avance, ya que el proceso de inclusión laboral se debe planificar desde el momento en el que se realiza ese proceso de evaluación. Para ello los equipos deberán contar con la figura del terapeuta ocupacional⁶⁵³.

⁶⁵¹ A partir del 10 de octubre de 2015, entra en vigor la Ley 31/2015, de 9 de septiembre por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. En relación con discapacidad Ley 43/2006, RDL 18/2011, Cuadro resumen disponible en línea: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/146061.pdf>

⁶⁵² Algunas entidades son la asociación española de emprendedores con discapacidad- sí podemos [<http://www.emprendedorescondiscapacidad.com>], Portal de las personas con discapacidad <http://www.discapnet.es/>, cofinanciada por Fundación Once y Technosite, portal de empleo para las personas con discapacidad [<http://www.port talento.es>] de la Fundación Once o [<http://www.Disismore.com>], entre otras.

⁶⁵³ Vid infra apartado 14.4

La norma contempla medidas para prevenir o compensar las desventajas como adaptar el puesto de trabajo o hacer accesible la empresa. Estas son medidas que recaen sobre el empresario, o sobre el Estado en el caso del empleo público, y para ello se debe contar con los servicios de empleo con apoyo. Asimismo el empleo con apoyo no debe entenderse como un tipo de empleo sino como una herramienta para conseguir un fin, que es la reinserción o la integración laboral. Debe plantearse como un refuerzo transitorio que iría de mayor a menor intensidad, en la medida que la persona fuera adquiriendo las competencias necesarias para desenvolverse en su puesto de trabajo. Ese apoyo, transitorio, puede ser necesario para cualquier persona con discapacidad. El proceso de evaluación del grado de discapacidad debería completarse con un plan de inclusión laboral y un programa específico de orientación, asesoramiento, entrenamiento, o apoyo en el empleo protegido o el empleo ordinario, dependerá de las capacidades de esa persona, independientemente de la causa que lo ha llevado a esa situación. Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la promoción profesional, de manera que una persona que fuera mejorando sus competencias debiera pasar de un CEE a un Enclave Laboral y de ahí al empleo ordinario. Es posible que no pudiera recorrer toda esa trayectoria y, en ese caso, desempeñaría el trabajo en el nivel más adecuado.

8 Contratación pública: ¿herramienta de integración?

En este apartado defendemos la posibilidad de utilizar la contratación pública para incidir en las políticas económicas y sociales ya que, desde nuestro punto de vista, no basta con que la actuación económica de la Administración se halle presidida por la búsqueda de la mayor eficiencia económica sino que deben considerarse valores y principios que se corresponden al interés general. Es una forma de impulsar la contratación de personas con discapacidad por parte del sector privado⁶⁵⁴.

La contratación pública no sólo es el instrumento para la ejecución de obras, establecimiento de servicios o prestación de suministros, sino también presenta una gran potencialidad para incidir en las políticas económicas y sociales. Por un lado, puede contribuir a alcanzar los objetivos sociales que se estimen prioritarios en cada momento. Por otro, goza también de un papel promocional, ya que las

⁶⁵⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. "La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* nº 95, 2008, p. 99.

prioridades de orden social señaladas en cada momento influyen decisivamente en los sujetos que actúan en el mercado⁶⁵⁵.

Ha existido un amplio debate sobre la procedencia de introducir este tipo de cláusulas en los procedimientos de contratación pública con argumentos a favor y en contra⁶⁵⁶. Las exigencias sociales son admisibles jurídicamente, atendiendo al doble orden de límites internos (vinculación con el objeto del contrato para su actuación en las fases de selección y de adjudicación) y externos (en todo caso han de respetar las libertades y principios fundamentales del Tratado).⁶⁵⁷ Es lógico transferir presupuestos públicos a empresas que respetan los derechos de las personas trabajadoras, que cumplen con la cuota de reserva de personas con discapacidad, favorezcan la inserción sociolaboral, el comercio justo o el empleo de calidad.

La Directiva de Contratación Pública 2014/24/UE⁶⁵⁸, señala en su considerando segundo que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia

⁶⁵⁵ MARTÍNEZ FONS, D. “Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública. Resumen ejecutivo”, *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo 153/2009, p. 5.

⁶⁵⁶ VERNIA TRILLO, S., “La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pp. 438-451. Por otra parte, URÍA FERNÁNDEZ, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de la administración pública*, 165, 2004. pág. 323, sostiene que la inclusión de las cláusulas sociales amenazaría con desvirtuar los fines de la propia contratación pública, al ponerla exclusivamente al servicio de otras políticas públicas, relevantes, sin duda, pero que, en principio, le son ajena.

⁶⁵⁷ SAEZ LARA, C., “ Las cláusulas sociales en los contratos...”, op. cit. pp. 505 y 506.

⁶⁵⁸ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Esta Directiva deroga la anterior Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios que fue la primera en asumir y regular expresamente la inclusión de criterios sociales en la contratación pública, indicando, entre otras cuestiones, que el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades (definidas en las especificaciones del contrato) propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas. También dispone que los Estados miembros pueden reservar a programas de talleres y empleo protegidos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad. Su ámbito de aplicación son los contratos públicos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado, sin IVA, sea igual o superior a los umbrales establecidos que se comprobarán por la Comisión cada dos años. (DOUE, L319, de 2 de diciembre de 2011). Estaba basada, como en su propia Exposición de Motivos indicaba, en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída entre otras, en la sentencia Beentjes de 20 de septiembre de 1988⁶⁵⁸(Asunto C- 31/87 Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos. Trata la contratación de desempleados de larga duración, acepta criterios de adjudicación diferentes al precio siempre que sean objetivos, no resulten discriminatorios y hayan sido anunciados previamente. El criterio de “la oferta más ventajosa” puede ser compatible con la Directiva, si expresa la facultad de apreciación reconocida a los poderes adjudicadores para identificar la oferta más ventajosa económicamente en función de criterios objetivos y si, por tanto, no implica ningún

Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes⁶⁵⁹.

Las Contrataciones Públicas Socialmente Responsables son operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración los criterios de sostenibilidad incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación⁶⁶⁰.

elemento arbitrario de selección.) donde se reconoce la posibilidad de que fueran introducidos ciertos aspectos sociales en la contratación pública, así como en las sentencias de 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-225/98 Nord-pas de Calais. En este asunto sobre construcción de comedores escolares, señala que la Directiva obliga a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa pero no impide utilizar como criterios de adjudicación aspectos no directamente económicos, siempre que se hayan anunciado previamente y no resulten discriminatorios. Desestima el motivo de la Comisión basado en el criterio de adjudicación adicional relacionado con la lucha contra el desempleo.) y de 17 de septiembre de 2002, (Asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki.. En esta sentencia referida a los criterios ambientales en la contratación de autobuses se citan y reiteran los requisitos de Beentjes, añadiendo que los criterios sociales “deben estar también relacionados con el objeto del contrato.”) donde se desarrollan los criterios sociales de adjudicación.

Estas sentencias permitieron avanzar en el campo de las medidas sociales a favor de las personas con discapacidad aunque, en la práctica, no implicaron tantas ventajas como hubiera sido deseable debido al desconocimiento por los operadores implicados, ya fueran contratantes o contratistas, de manera que incluirlo en el texto de la Directiva fue un gran avance (La Directiva menciona de forma expresa aspectos tales como la necesidad, en la medida de lo posible, del establecimiento de requisitos de accesibilidad y diseño para todos (art. 23), la posibilidad de que las condiciones especiales de ejecución del contrato se puedan referir a consideraciones de tipo social (art. 26), citando en particular (c 33) las que tengan por objeto favorecer el empleo de personas con especiales dificultades de inserción, llegando incluso a proponer ejemplos concretos, como la condición de contratar a desempleados de larga duración o a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, que en el caso español recordamos, es del dos por 100. También regula por primera vez (c 43, art. 56) la posibilidad de prever ciertos criterios sociales para la adjudicación del contrato, vinculados al objeto de éste, y permite a los Estados miembros (art.19) reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos a talleres protegidos garantizando de ese modo que la adjudicación recaiga necesariamente en uno de ellos. Con esa medida lo que se pretende es que la Administración otorgue un trato preferente a empresas u organismos con marcado carácter social que, en condiciones normales de competencia, por las especiales características de los trabajadores que emplea, se podrían encontrar con cierta desventajas respecto de otros posibles adjudicatarios.).

⁶⁶⁰ Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea: Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas. 2011. Disponible en línea

Plantea incorporar de forma transversal criterios sociales, éticos y medioambientales a la hora de preparar y ejecutar los contratos públicos, así como de seleccionar a las empresas licitadoras y contratistas⁶⁶¹.

El impulso a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública lo dio al Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que ofrecía un margen para implementar dichos criterios en los pliegos de contrataciones. En la actualidad el Real Decreto Ley 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público da continuidad a la citada Ley. En él se recogen diversas modalidades de cláusulas como son condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118 RDL 3/2011), criterios de valoración de las ofertas (art. 150 RDL 3/2011), preferencia en la adjudicación de contratos a determinadas empresas y entidades (Disposición Adicional 4ª RDL 3/2011), las reservas de contratos (Disposición Adicional 5ª RDL 3/2011).

Las diferentes fases de la contratación pública donde se pueden incorporar las cláusulas que favorezcan la integración de personas con discapacidad son:

- Como criterio de admisión, exigiendo requisitos previos, o la acreditación de experiencia o solvencia técnica en materia de inserción sociolaboral para que la empresa pueda ser contratada.
- Como criterio de valoración o puntuación, señalando características o compromisos de carácter social que serán puntuados en la adjudicación del contrato.
- Como una obligación, señalando condiciones obligaciones obligatorias de carácter social para la ejecución del contrato.

8.1 Fase de Preparación de los contratos

Con carácter previo en la definición del objeto del contrato, que es potestad del organismo contratante, podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas in condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de una buena administración art. 25.1 TRLCSP. El objeto de los contratos ha de ser determinado art. 86.1.1 TRLCSP. La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase

[http://www.clausulassociales.org/images/Gu%C3%ADa_REAS_Compra_P%C3%BAblica_Responsable_2014.pdf].

⁶⁶¹ LESMES ZABALEGUI, S. Cláusulas sociales.... op. cit. p. 8.

inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta “¿qué deseo construir o comparar como Administración pública?” En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales⁶⁶².

8.1.1 Objeto del contrato

La norma de contratos públicos no se refiere a la descripción del objeto contractual con criterios sociales como sí lo hace la Comisión Europea. Sólo exige que sea determinado, preciso y que atienda al interés público, por lo que cualquier Administración Pública contratante podrá definir con referencias sociales el objeto del contrato.

Por ejemplo, en lugar de que el objeto del contrato sea “el mantenimiento de zonas verdes”, se podría expresar como “proyecto de empleo para personas con discapacidad, mediante la actividad de mantenimiento de zonas verdes”⁶⁶³ :

El objeto del contrato podría incorporarse al título o al contenido, aunque es aconsejable advertirlo en el apartado de definición y características de la prestación contractual.

Los poderes adjudicadores disponen de libertad de pactos y el Documento interpretativo de la Comisión Europea reconoce la posibilidad de incluir criterios sociales en el objeto contractual⁶⁶⁴.

8.1.2 Prohibición de contratar

El art. 60.1 del TDL CSP, establece la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas para aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental. Entre las infracciones graves se encuentra el incumplimiento en materia de integración de personas con discapacidad de la

⁶⁶² Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (15 octubre 2001).

⁶⁶³ Por ejemplo, el *Pliego de cláusulas económico-administrativas que han de regir en el concurso abierto para la prestación del servicio de limpieza de edificios públicos de Aretxabaleta y la inserción social de colectivos con dificultades para el acceso al mercado de trabajo*. Los ejemplos se encuentran recogidos en la página de Feclei [<http://www.feclei.org>] Federación Castellano Leonesa de Empresas de Inserción Laboral. Autor: Fernando LESMES ZABALEGUI cuyo objetivo es favorecer la creación y consolidación de empresas de inserción.

⁶⁶⁴ Expediente 0175/20110 Pliego de cláusulas administrativas particulares, que regulan la contratación por procedimiento abierto, el servicio de gestión de papel usado con inclusión social en centros educativos, culturales, sociales e instituciones públicas de la provincia de Castellón.

obligación legal de reserva de puestos de trabajo para discapacitados, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”. Se trata del incumplimiento de la cuota de reserva del actual RD L 1/2013 por el que se aprueba la Ley de Derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas⁶⁶⁵.

Por lo tanto en la fase de selección, se pueden exigir requisitos previos de carácter social o la acreditación de experiencia o solvencia en materia de inserción sociolaboral para que la empresa pueda ser contratada.

Las cláusulas sociales pueden implantarse indistintamente en los procedimientos contemplados en la Ley de Contratos: abierto, restringido, negociado con y sin publicidad, incluso se pueden utilizar contratos menores⁶⁶⁶

8.1.3 Solvencia Técnica

Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Existe posibilidad de tener en cuenta la solvencia social de la empresa si ésta demuestra la capacidad técnica para ejecutar un determinado contrato⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ Disposición adicional cuarta TRLCSP.

⁶⁶⁶ Comunidad de Madrid “4. Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad. Declaración responsable, conforme al modelo fijado en el anexo VI del presente pliego, por la que, de resultar adjudicatario, asume, conforme con lo señalado en la cláusula 27 del presente pliego *Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad*, la obligación de tener empleados durante la vigencia del contrato, trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación..... en esta declaración se hará constar, además, que asume igualmente la obligación de acreditar ante el órgano de contratación cuando le fuese requerido durante la vigencia del contrato, o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva, el cumplimiento de la obligación anteriormente referida”.

⁶⁶⁷ Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. 1.3.2. “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores.”

Este tipo de requisito es utilizado con frecuencia por las corporaciones municipales para así poder discriminar sus contratos públicos⁶⁶⁸.

La solvencia técnica social se podrá aplicar en aquellos casos específicos de contratos de carácter social o asistencial, en los que dicha experiencia resulte fundamental para la correcta prestación contractual y siempre que sea proporcionado y justificado conforme a la naturaleza, objeto y contenido del contrato.

8.1.4 Contratos reservados

Las reservas de contratos viene regulado en la Disposición Adicional 5ª RDL 3/2011. Es una de las fórmulas de discriminación positiva⁶⁶⁹ que la legislación habilita para limitar la admisión de licitadores a determinadas empresas. Permite adjudicar contratos directamente a los centros especiales de empleo y se aplica por analogía a las empresas de inserción. Se establecen unos porcentajes mínimos que no distorsionan la libre concurrencia y fomentan mercados inclusivos.

El Comité Económico y Social Europeo recomienda la adjudicación obligatoria de contratos específicos a Centros Especiales de Empleo en aquellos Estados

⁶⁶⁸ Ayuntamiento de Avilés “6.1 Solvencia técnica y profesional o, en su caso, clasificación. Considerando el objeto y contenido del contrato, podrán presentar proposiciones las sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen la actividad económica objeto del contrato y acrediten, bien la empresa licitadora, bien la o las entidades promotoras de la misma, solvencia técnica y profesional específica en el trabajo con personas en situación o riesgo de exclusión social, lo que podrá realizarse por los siguientes medios:

- Relación de los principales servicios o trabajos de carácter similar al objeto del contrato realizados en los últimos tres años con indicación del importe, fecha y destinatario. Condición mínima: un servicio o un trabajo durante dicho periodo que se acreditará mediante declaración expresa responsable.

- Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, que participarán en la ejecución del contrato, acreditando titulación, y experiencia profesional relacionada con la inserción, de al menos seis meses”.

En cuanto a la clasificación, si bien el precio de este contrato es superior a 120.000€, es necesario considerar que el objeto del mismo engloba prestaciones y servicios complejos y compuestos, como son la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social mediante el mantenimiento y conservación de zonas verdes, que se encuadran en la categoría 27 del Anexo II “Otros Servicios” que define la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, y para los que no es necesaria clasificación según el artículo 54. 1 de la misma. Se trata del Pliego del Ayuntamiento de Avilés que exige solvencia técnica social pese a superar el importe establecido, al clasificar el contrato en la categoría 27 del Anexo II. LESMES ZABALEGUI....., p. 21

⁶⁶⁹ Recordemos que esta figura se admite *STC 128/1987 de 16 de julio* “La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, pro razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando se establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”.

miembros en los que exista un número importante de personas con discapacidad que pueden trabajar pero que siguen inactivas⁶⁷⁰.

La Directiva 2014/25/CE permite reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

Así la Disposición adicional quinta TRLCSP indica que puede reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales debido a la gravedad de sus deficiencias. El requisito que se establece es que se debe hacer referencia en el anuncio de licitación.

Por lo tanto, los contratos reservados permiten a cualquier Administración Pública reservar la participación en la licitación exclusivamente a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, reconociendo así sus especiales características, su carácter reglado y su beneficio social⁶⁷¹.

Recordemos que calificar un contrato como reservado no excluye la libre concurrencia⁶⁷². El contrato reservado es una posibilidad que depende de la voluntad de cada Administración Pública, el requisito establecido es la necesidad de advertir la especificidad en el anuncio de la licitación, nominando el contrato como “Contrato Reservado”⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Comité Económico y Social Europeo (2012) Dictamen INT/570-Mercado Europeo de los Contratos Públicos, relativo al “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” COM (2011) 897 final 2011/0437 CIO.D) Dictamen 2012/C 191/16). Bruselas: Presidencia del Comité Económico y Social.

⁶⁷¹ “Orquesta de Euskadi. Pliego de cláusulas económico-administrativas y de prescripciones técnicas que habrá de regir para la licitación, mediante procedimiento negociado con publicidad, para la contratación de servicios de digitalización y catalogación del archivo de prensa de orquesta de Euskadi S.A. (Reservado a Centros Especiales de Empleo). A estos efectos, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la LSCP, se reserva la participación en el presente licitación a aquellas empresas licitadoras que estén en posesión de la calificación de Centros Especiales de Empleo y se hallen inscritas en el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

⁶⁷² LESMES ZABALEGUI, S. Cláusulas sociales.....op. cit. p.28.

⁶⁷³ “HUNOSA convoca Contrato reservado, de acuerdo con la disposición adicional séptima de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, sobre el asunto de referencia. En caso de

Diferentes Comunidades Autónomas han legislado sobre la aplicación de los contratos reservados como Andalucía mediante la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban mediadas fiscales y administrativas. Pero además de esta opción que por un lado es de aplicación particular (caso por caso) y por otro voluntaria, es posible que el órgano competente se obligue de modo preceptivo a que un volumen anual determinado o un porcentaje respecto al total presupuestario de sus contratos sean adjudicados mediante la figura del contrato reservado.

Los gobiernos de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Navarra, País Vasco, Aragón⁶⁷⁴ o Castilla y León, han regulado que la reserva sea obligatoria y han establecido unos importes presupuestarios anuales respecto a los contratos públicos que preceptivamente serán reservados para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción:

La Comunidad Autónoma de Cataluña fue la primera Administración Pública en España que estableció este sistema con carácter preceptivo (año 2004). Todos los organismos autónomos y empresas públicas de la Generalitat están obligados a su aplicación y deben posteriormente informar de ello. En su caso, el importe de contratos públicos para ser adjudicados en el 2009 a través del contrato reservado ascendió a 9 millones de euros. El sistema establece un importe respecto del total de sus contratos públicos- que se determina anualmente en las base de ejecución presupuestaria- para ser adjudicados exclusivamente a “centros de inserción laboral de discapacitados y empresas de inserción sociolaboral o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social.

Se regula en el art. 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y sus respectivas modificaciones: art. 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas y art. 19 de la Ley 17/2007, de 21 de diciembre, de medidas fiscales y financieras. Su regulación es sencilla, a través de un solo artículo con siete puntos que establece el sistema de implementación de manera clara y sencilla.

Asimismo la Comunidad Autónoma Vasca realizó una labor previa de sensibilización y presión política, propuso la regulación y formuló el desarrollo

estar interesados en participar en esta licitación, las Especificaciones Técnicas recogidas en el documento de “Especificaciones Técnicas para el Servicio de Correo Interno en las Oficinas Centrales. Departamento de Asuntos Sociales y Servicios Generales, están a disposición de los interesados en la dirección indicada en la cabecera de este documento, a donde pueden dirigirse para que les sean enviadas, o retirarlas por sus medios”.

⁶⁷⁴ La reserva social se establece entre el 3% y el 8% del volumen de contratación.

normativo para la implantación de una Reserva de Mercado en el sector de las Empresas de Inserción a través del Proyecto Equal Lamegi.

El 28 de abril de 2008 se aprobó el *Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales y ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma* y de su sector público, donde señala la obligatoriedad de reservar un porcentaje de contratos públicos a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo y la necesidad de consultar con las entidades representativas del sector de la discapacidad y de las empresas de inserción para la fijación del importe presupuestario. Esto hace que se ajuste a la realidad y no resulte ni escaso ni excesivo. Esto evita que el sector no esté capacitado para cubrir la reserva con la debida calidad y evite la oposición del sector empresarial.

La Comunidad Autónoma de Valencia legisló mediante el Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, de regulación de medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento de empleo de las personas con discapacidad.

Asimismo la Comunidad Autónoma de Andalucía promulgó la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

La Comunidad Autónoma de Navarra es la única Comunidad Autónoma ⁶⁷⁵con legislación propia de contratos públicos y modificó su ley mediante la Ley Foral de 13/2009, de 9 de diciembre, transformando de potestativa a obligatoria la figura del contrato reservado, y estableciendo como obligatoria una reserva mínima del 6% del total de contratos públicos para ser adjudicados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción Sociolaboral.

8.2 Fase de Adjudicación

Para la valoración de las propuestas y de la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias

⁶⁷⁵ La Ley Foral 19/1998, de 16 de junio de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, ya incluía en el apartado 8 del artículo 62 que «los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán con carácter general, entre los criterios de adjudicación en los contratos de gestión de servicios públicos el de integración laboral de personas con discapacidades, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un porcentaje superior al 4 por 100 de la misma con una gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental»

de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.

En la fase de valoración, las cláusulas sociales a incorporar deben atenerse a algunos criterios, ya que de lo contrario podrían ser objeto de impugnaciones o anulaciones: que estén directamente vinculados al objeto del contrato; que sean objetivos, públicos, detallados y cuantificables; que tengan una ponderación moderada, carácter complementario de los restantes criterios. Por ejemplo, que un porcentaje de la plantilla que ejecute el contrato esté formado por personas con dificultades de acceso al empleo (art. 150 RDL 3/2011)⁶⁷⁶.

Pueden tener preferencia empresas con las siguientes características, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas (Disposición Adicional 4ª RDL 3/2011),:

- Aquellas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por cien.
- Empresas de inserción, con un 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos en situación de exclusión.
- Entidades sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato.
- Organizaciones de Comercio Justo, en contratos que tengan como objeto productos en los que exista una alternativa de Comercio Justo.

Además, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan con lo dispuesto en el actual RDL 1/2013 relativo a la obligación de contar con un dos por 100 de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Este criterio de preferencia, al aplicarse si dos o más empresas obtienen idéntica valoración de su oferta técnica y económica, opera en realidad como un sistema de desempate. En la práctica esta situación es bastante excepcional puesto que se

⁶⁷⁶ Como ejemplo en el Ayuntamiento de Pamplona se establece: “Criterio Nº1. Se otorgarán 5 puntos al licitador que se comprometa a subcontratar con Centros Especiales de Empleo, Centros de Inserción Socio Laboral un porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato y para la realización de las tareas descritas en le presente pliego, lo que se acreditará mediante el correspondiente contrato civil o mercantil.” (En caso de que se hubiera dispuesto en el condicionado un porcentaje mínimo de subcontratación como condición especial de ejecución, se procederá a valorar sólo el aumento del porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato superior al previsto en el mismo).

Criterio nº2. “Se valorará con 5 puntos a los licitadores que se comprometan a que en caso de resultar adjudicatarios aplicarán un Plan de Igualdad a la plantilla que ejecute el contrato.”

Criterio Nº3 Se puntuará con 10 puntos a la empresa que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato un mayor número de personas con dificultades de acceso al mercado laboral. El resto obtendrán una puntuación decreciente directamente proporcional a su oferta”. Criterio nº4. “Se valorará 2 puntos (hasta un límite de 10) por cada contratación a jornada completa de una persona con discapacidad igual o superior al 33% destinada exclusivamente a la ejecución del contrato”.

LESMES ZABALEGUI, S. *Compra pública responsable. Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable*, Euskadi, REAS. p. 38.

evalúan décimas y centésimas para la adjudicación por lo que su impacto es inapreciable.

8.3 Fase de Ejecución

Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (art. 118 RDL 3/2011).

En la práctica las condiciones de ejecución son obligaciones que todos los licitadores asumen y aceptan al presentar la propuesta ya que, de lo contrario, sería inadmitida. El contratista que incumpliera las condiciones sociales de ejecución adquiridas podría incurrir en una falta grave, ser sancionado o incluso podría rescindirse el contrato. Incluir cláusulas en esta fase de ejecución garantiza la obtención de resultados⁶⁷⁷.

8.4 Contratación pública y enclaves laborales

El desarrollo de una contratación socialmente responsable se puede traducir en una serie de beneficios sociales, fiscales y de imagen para el operador del mercado

⁶⁷⁷ Los siguientes autores abordan esta cuestión: BERNAL BLAY, M.A. "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público" en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico X*, Zaragoza 2008, p. 212; ESPÍN SÁEZ, M. y MELERO ALONSO, E., «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº.1, enero 1999, pp. 133 a 157, SAEZ LARA, C., "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, tomo II, 2009, pp. 493-536. BLÁZQUEZ ROMÁN, JA y RAMÍREZ HORTELANO, P, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 42, mayo 2005, pp. 39 a 46. MARTÍNEZ FONS, D., "Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública". Documento de trabajo 153/2009. *Laboratorio de alternativas*, pp. 34-36; VERNIA TRILLO, S. "La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pp. 438-451.

interviniente. Normalmente se utiliza la fórmula del enclave laboral. Para una adecuada utilización del recurso se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Durante la ejecución de la contrata se mantiene la relación laboral especial con el centro especial de empleo, por lo que debe garantizarse que el trabajo en el enclave sigue siendo empleo protegido. Esto supone que el centro especial de empleo debe asegurar que se mantienen vivos los dos pilares básicos en los que se apoya el contrato especial de la persona con discapacidad, a saber: a) Permanente adecuación del trabajo a la capacidad del trabajador con discapacidad, b) Cumplimiento de la función asistencial que corresponde al centro especial de empleo, que debe garantizar a los trabajadores del enclave “los servicios de ajuste personal y social” que sean necesarios mientras ejecuta la contrata.
- Es necesario evitar el riesgo de un uso fraudulento del enclave, que puede llegar a actuar como auténtico mecanismo de cesión ilegal de personal. Para ello será necesario controlar los siguientes extremos: a) que existe y está perfectamente identificada la obra o servicio objeto de la contrata; b) que los trabajadores destinados al enclave y que efectivamente desarrollan la actividad subcontratada y no otra distinta; c) que la prestación de servicios del trabajador destinado al enclave está controlada por el centro especial de empleo que como empleador debe ejercer el poder de organización y dirección y el poder disciplinario.
- El enclave laboral es un instrumento que debe facilitar la transición del empleo protegido en el centro especial de empleo al empleo ordinario. Sin embargo, esta finalidad básica puede quedar frustrada en algunos casos. En efecto, los criterios legales para seleccionar a los trabajadores destinados al enclave permiten que discapacitados con nula o escasa experiencia en los centros especiales de empleo puedan trabajar en una empresa ordinaria con lo que se impide conseguir el objetivo de procurar al trabajador un tránsito razonable del empleo protegido al empleo ordinario. Esto sucederá de manera especial con los trabajadores contratados exclusivamente para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado, que en muchos casos no tendrán ningún tipo de experiencia laboral previa. En definitiva, pues, estos trabajadores temporales necesitarán más que ningún otro el paraguas protector del centro especial de empleo, que deberá proporcionar la formación, adiestramiento, seguimiento y control suficiente para garantizar la adecuación del trabajador a las exigencias del puesto de trabajo de la empresa colaboradora.

A efectos de exigir responsabilidades a las empresas que recurran a la subcontratación con centros especiales de empleo, será decisivo analizar cuál es el

objeto del contrato del enclave. Si lo que se contrata es la realización de obras o servicios que guardan relación directa con la actividad normal de la empresa colaboradora, entonces será posible exigir la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de Seguridad Social, y la prevista en la Ley de Infracciones y Sanciones (por infracciones en materia de prevención de riesgos producidos en el centro de la empresa colaboradora). Por el contrario, si se contrata la prestación de servicios accesorios y ajenos a la actividad normal de la empresa colaboradora, habrá que recurrir a la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 Ley General de Seguridad Social (en materia de prestaciones de Seguridad Social). En definitiva, la aplicación del régimen especial de responsabilidad solidaria exige atender a los criterios jurisprudenciales para determinar, en cada enclave, si lo contratado constituye o no “propia actividad” de la empresa colaboradora⁶⁷⁸.

9 Centros ocupacionales

Esta figura fue introducida por el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los centros ocupacionales para personas con discapacidad⁶⁷⁹, para regular otra de las medidas tuitivas que establecía el art. 53 de la hoy derogada LISMI con el fin de conseguir un tratamiento diferenciado de las personas con discapacidad, en orden a su participación en la sociedad, de acuerdo con las posibilidades personales de cada uno y que hiciera efectivo el disfrute de los derechos reconocidos en la Constitución⁶⁸⁰. Son centros en los que se ofrece terapia ocupacional y servicios de ajuste personal y social, para así poder potenciar sus capacidades y conseguir el mayor grado de adaptación laboral y social posible. Las actividades que desarrollan es similar a la de cualquier centro laboral, pero con la diferencia de no tener un afán lucrativo. Es una figura no laboral si bien se pueden establecer sistemas de premios o recompensas en orden a fomentar la más adecuada integración de la persona con discapacidad en las actividades del centro. Estos centros se pueden entender como un paso previo a los Centros especiales de empleo o a las empresas ordinarias. Pueden ser creados por las administraciones Públicas y por instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro.

⁶⁷⁸ LLANO SÁNCHEZ, M., “El Enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa”, *Relaciones Laborales de Personas con Discapacidad*. Biblioteca Nueva, 2005, pp.144-166.

⁶⁷⁹ BOE nº 294, de 9/12/1985.

⁶⁸⁰ Hasta 1982 existían talleres ocupacionales para personas con discapacidad y hasta 1985, con el Reglamento Especial de CEE, técnicamente no se podía producir un alta en la Seguridad Social de un trabajador con discapacidad en un CEE por lo que es a partir de esta fecha cuando se diferencia a quienes no se da de alta y se encuentran en talleres, pasando a denominarse centros ocupacionales y a los que se da de alta en CEE.

Los Centros Ocupacionales (CO) conforman la primera etapa en el proceso de participación social y laboral para muchas personas con discapacidad y, aunque en cierta medida, constituyen “centros de respiro” para las familias y las personas cuidadoras, en muchos casos permiten alcanzar un grado de autonomía y un desarrollo de capacidades suficiente como para poder desempeñar tareas de un modo eficiente y trabajar en un entorno productivo⁶⁸¹. Es importante contar con los apoyos adecuados para favorecer el desarrollo de la autonomía personal y potenciar la transición de los Centros Ocupacionales a los Centros Especiales de Empleo, donde se ofrecen apoyos indispensables para las personas que apenas tienen opciones para el mercado laboral ordinario.

Los CO son un servicio social que, administrativamente, se encuentran transferidos a las diferentes Comunidades Autónomas. Existen grandes diferencias en el grado de desarrollo de los modelos CO y CEE a nivel territorial. En el reciente estudio sobre la transición de los CO a los CEE se indica que si en el conjunto de España hay 65.866 plazas en CEE y 41.783 en CO que supone una distribución de 61% y 39% en su globalidad, hay Comunidades como el País Vasco con una distribución de estas plazas que responde al ratio 75%-25% y otras como la Valenciana con una distribución del 47%-53% por lo que algunos territorios han tenido una activación laboral en el mercado protegido muy superior.

País Vasco y Navarra presentan un modelo orientado al empleo y el resto más asistencial, excepto en Cataluña que cuenta con un desarrollo más específico tratando de vincular los CO y CEE. Estas diferencias se deben al porcentaje de subvención destinada que, en algunos casos, acomoda a la persona usuaria en la plaza del CO, el porcentaje de subvención destinado al transporte y la alimentación, que llega a oscilar entre el 0 y el 100 por cien dependiendo de la región y la posibilidad o no de recuperar la plaza en el CO en el caso de producirse un fracaso en la adaptación a un trabajo.

Consideramos que los CO no deberían ser centros finalistas para personas que sí tienen capacidad para desempeñar un trabajo, o la adquieren con el tiempo, y facilitar el tránsito a CEE. En la práctica hay un número significativo de CO que no contemplan como objetivo fundamental la activación laboral de sus usuarios, tal y como reconocen los responsables de estas organizaciones⁶⁸². Los factores que contribuyen son el contexto, las familias y las características de los usuarios.

⁶⁸¹ VV.AA., *Informe transición CO a CEE*, Inserta, Fundación ONCE, FSE, Madrid, 2014, p. 10,

⁶⁸² *Ibidem*, en la p. 18 recoge que el 58% de los CO señalan que el empleo forma parte del contenido del plan estratégico o de acción de su organización, y el 45% establecen objetivos de tránsito al empleo. En el Informe Transición del CO al CEE se encontramos los siguientes datos: De la muestra empleada 9.291 personas con discapacidad, 2.459 se encuentran en un CO. Un 55 % son hombres, y tres cuartas partes de los usuarios menores de 44 años, con un peso importante de menores de 29 años. Prácticamente todos los usuarios cuentan con discapacidad intelectual que,

Hay regiones donde los CO se orientan más hacia la activación real y efectiva de las personas, mientras que en otras este objetivo pasa a un segundo plano. No todas las familias prestan apoyo⁶⁸³ y en más de la mitad de los CO, la mayoría de las personas no es empleable.

Los perfiles laborales en los que trabajan son básicamente: operario (17%), jardinería (16%), administración (14%), hostelería (13%), manufactura (13%), limpieza (9%), lavandería (6%) y almacén (2%)⁶⁸⁴, perfiles muy presentes en el empleo protegido. Estos perfiles se establecen para desarrollar competencias y habilidades para que, llegado el caso, continúe con el mismo perfil en un CEE aunque otros consideran que se deben contemplar como prácticas y son herramientas que ayudan al autoconocimiento.

En los últimos dos años, el 5% de personas han transitado a un empleo: 3% a un CEE y el 2% a un empleo ordinario⁶⁸⁵.

Desde nuestro punto de vista el modelo actual de CO no es útil para el empleo de personas con discapacidad intelectual ya que tiende a la institucionalización y no proporciona una formación eficaz para el empleo. Muchos usuarios y familias tienen miedo a desenvolverse en un entorno más exigente, a perder la seguridad que ofrece la plaza en el CO. En la actualidad tiene una función asistencial y habilitadora pero no ofrece un paso intermedio hacia la activación laboral. Sería fundamental un vínculo con el sistema educativo o de empleo y no depender de Servicios Sociales. En la actualidad, los únicos CO que forman para el empleo son aquellos que han integrado en su sistema los Certificados de Profesionalidad u otro tipo de formaciones.

El Estudio Transición CO a CEE propone recoger aspectos del servicio de integración laboral, de la parte ocupacional y laboral de un CO y de los Centros de

en la mitad de los casos, se encuentra asociada a otra discapacidad como autismo y parálisis cerebral (20%), enfermedad mental (13%), física (10%) y sensorial – visual y auditiva- (5% y 3%). En la mayoría de los centros realizan evaluaciones de las competencias y habilidades de cada persona (74%) pero se trata de un estudio protocolizado en la mitad de los casos en los que se realiza la evaluación. En ellos se describen las competencias clave y se asigna un puesto en función de la evaluación pero sólo en la mitad de los casos se desarrolla un estudio de empleabilidad potencial (p. 39 Informe de Transición CO a CEE). En estos centros la familias son una referencia constante y, en ocasiones, constituyen el cliente final. En casi todos los casos se subraya la importancia de mantenerlas informadas de la evolución de sus familiares con discapacidad, y se cuenta con ellas para llevar a cabo muchas de las intervenciones. En el 35% de los casos que se analizaron, la familia se implica también en el proceso de evaluación (p. 40).

⁶⁸³ Ibídem, dos tercios de los centros ocupacionales no llegan a la mitad las familias que apoyan la inserción laboral, y en uno de cada cuatro no existe ninguna familia que apoye este tránsito.

⁶⁸⁴ Ibídem, p. 42, el 11% se corresponde con no determinado.

⁶⁸⁵ Ibídem. p. 46.

Reeducación Laboral creando un Servicio de Integración Laboral, ampliando sus funciones y capacidades. El usuario vendría derivado del centro base donde se determinaría su grado de capacidades y empleabilidad. Sería fundamental incorporar la figura del preparador laboral en los CO.

10 Efectos a largo plazo de las políticas de inclusión

Para incorporar racionalidad en las decisiones públicas es importante evaluar y conocer los resultados reales de las acciones. Somos partidarios de potenciar la cultura de la evaluación lo que obliga a contar con herramientas que posibiliten hacerlo. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad recoge en su art. 31.1 que los Estados Parte recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ En España entre las principales instituciones que evalúan intervenciones en discapacidad se encuentran: La Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) regulado en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos; Centro Español de Documentación sobre Discapacidad (CEDD) del Real Patronato sobre Discapacidad; Fundación Luis Vives que no realiza evaluaciones pero sí apoya al tercer sector cuyos resultados publica en sus anuarios; el Instituto Universitario de Integración en la Comunidad (INICO) realiza estudios de investigación en diferentes ámbitos de la discapacidad, entre los que se encuentra el empleo; Institut Català d'Avaluació de Politiques Públiques- Ivàlua que tiene a disposición del público guías metodológicas de evaluación y otros materiales; Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED), instrumento técnico de la Administración General del Estado; Plataforma de ONG de Acción Social que ha publicado una Guía de Evaluación de Programas y Proyectos Sociales, 2010; Servicio de Información sobre Discapacidad, plataforma conformada como portal de la discapacidad. A nivel internacional se encuentran la Comisión Europea (CE); *Disability.gov*, página web del gobierno federal de Estados Unidos para difundir información sobre programas de discapacidad; *Disabled Peoples International* (DPI) que una red de organizaciones o asambleas nacionales de personas con discapacidad para promocionar sus derechos; *ENABLE-United Nations*, web de la Secretaría de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Naciones Unidas; *Human Resources and Skills Development Canada* dispone de una sección de evaluación de políticas sociales; John J. Heldrich Center for Workforce Development-Edward J. Bloustein School of Planning and Public Policy. Rutgers, The State University of New Jersey que cuenta con un área específica de evaluación, gestión y empleo en el ámbito de la discapacidad; National Council on Disability, agencia federal independiente de los EEUU que realiza un trabajo de asesoramiento sobre personas con discapacidad (En Keeping Track: National Disability Status and Program Performance Indicators, (2008) analiza la necesidad de un sistema de indicadores que incluya cuestiones relacionadas con el desempeño de los programas, y propone una batería; NORAD (Norwegian Agency for Development Cooperation) que dispone de un departamento de evaluación, entre otras, de las actuaciones en materia de discapacidad; *Office of Disability Employment Policy* (ODEP). *United States Department of Labor*, evalúa los distintos programas que el gobierno de EEUU pone en marcha; Red Intergubernamental Iberoamericana de Cooperación Técnica (RIIOTEC) estructura de cooperación para el desarrollo de políticas de atención a personas con discapacidad. Ha elaborado una herramienta para medir el seguimiento de los compromisos de la Administración en relación con la discapacidad. (*Seguimiento y medición de compromisos de Estado en Políticas públicas en discapacidad. Modelo conceptual y metodológico* (2010); UNEG (United Nations Evaluation Group), red profesional de Naciones Unidas; Estos organismos se citan en CALERO MARTÍNEZ, J. (Dir.); FONTCUBERTA ESTRADA, X. (Coord.) *Guía para la evaluación de programas y políticas públicas de discapacidad*, Madrid, Cinca, pp. 100- 110.

El aspecto donde hay un mayor déficit de información es en el de los efectos a largo plazo de las intervenciones, especialmente en el caso de la inclusión laboral⁶⁸⁷. El Plan de Empleabilidad para las personas con Discapacidad en Andalucía 2007-2013 incluye indicadores de cada una de las medidas contempladas que si bien se centra en aspectos cuantitativos como el gasto, número de participantes o acciones realizadas, contempla determinados hitos para el seguimiento y una evaluación intermedia y otra final, así como un comité de seguimiento.

La Guía de responsabilidad social empresarial y discapacidad de la Fundación ONCE utiliza indicadores compuestos que aportan más información.

La Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020⁶⁸⁸ es un documento estratégico cuya prioridad es señalar las grandes líneas a seguir pero el hecho de que no haya un posterior desarrollo de las actividades que es necesario ejecutar, impide poder llevar a cabo un análisis de implementación útil en una evaluación. Por ejemplo, el apartado “Plan de Acción” trata de especificar las acciones a emprender, pero sin alcanzar un grado suficiente de detalle. En el apartado 6.3 sobre empleo (p. 33) se encuentran las siguientes medidas estratégicas:

- Impulsar el desarrollo de la empleabilidad de un número creciente de personas con discapacidad para garantizar el cumplimiento del objetivo general de empleo del Programa Nacional de Reformas de España 2011.
- Incorporar en la futura Estrategia Española de Empleo el factor discapacidad manteniendo los avances normativos en vigor y mejorando éstos garantizando mínimos comunes entre las diferentes Comunidades Autónomas.
- Promover las actuaciones precisas para fomentar y desarrollar la Nueva economía de la Discapacidad.
- Promover actuaciones específicamente dirigidas a impulsar la incorporación de las mujeres con discapacidad al mercado laboral, en igualdad de oportunidades.

Estas actuaciones podrían entenderse como subprogramas enteros en sí mismas por lo que hasta que no se desarrollen con mayor profundidad no se podrá realizar un análisis de su implementación y ejecución⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ Sí, es bueno el grado de conocimiento sobre las actividades de formación previas.

⁶⁸⁸ Ambas citadas en CALERO MARTÍNEZ, J. (Dir.); FONTCUBERTA ESTRADA, X. (Coord.) Guía para la evaluación de programas....op. cit. p.178.

⁶⁸⁹ Ibídem, p.186.

Normalmente, los primeros efectos y el resultado a corto plazo se analizan y valoran mediante el criterio de eficacia, esto es, comprobando si se han conseguido o no los objetivos. A continuación se trata de conocer los costes, a través de la eficiencia y la sostenibilidad⁶⁹⁰. Otros criterios también utilizados son el de coherencia, pertinencia, complementariedad.

Las decisiones de la Administración Pública, están basadas en resultados económicos que no tiene en cuenta otros valores. Para analizar si estas decisiones son adecuadas se ha creado un marco que trata de medir y cuantificar este concepto mucho más amplio de valor que utiliza términos monetarios para representar resultados no sólo económicos, sino también medioambientales y sociales⁶⁹¹.

10.1 El retorno social de la inversión (SROI)

El Retorno Social de las Inversiones⁶⁹² es un método basado en principios de comprensión, medición y comunicación del valor extra-financiero en relación a los recursos invertidos. Es una metodología creada a mediados de los años 90 en San Francisco por la organización filantrópica REDF, destinada a valorar las inversiones en iniciativas empresariales para insertar social y laboralmente a colectivos en riesgo de exclusión. Posteriormente fue revisada en el Reino Unido por la *New Economics Foundation* en el año 2000 con la colaboración de administraciones públicas. Escocia⁶⁹³ o Reino Unido⁶⁹⁴ han impulsado el uso de esta metodología que trata de medir el retorno social de las subvenciones públicas. Se basa en la participación de los principales grupos de interés (en este caso

⁶⁹⁰ Sobre todos estos aspectos Ibídem, pp. 203 y ss.

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ CABRERO, G.; GARCÍASERRANO, C. Y TOHARÍA, L. *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Madrid, Cinca, 2009.

⁶⁹² The Cabinet Office "A Guide to Social Return on Investment". Grupo CIVIS, enero 2012 (Actualización de la Guía de 2009). La primera edición, que se basó en tres guías anteriores del SROI, fue patrocinada por la Oficina del Tercer Sector del Gobierno británico y se preparó como parte de un programa de tres años que buscaba medir el valor social. También contribuyeron en su elaboración la Fundación para la nueva economía (NEF), *Charities Evaluation Services*, *the National Council for Voluntary Organisations* y *New Philanthropy Capital*. El Gobierno escocés incluyó una base de datos de indicadores para apoyar el análisis. En la actualidad existe una red que se extiende a través de diversos países.

⁶⁹³ Disponible en línea [<http://www.scotland.gov.uk/Topics/People/15300/SROI>]

⁶⁹⁴ Disponible en línea

[<http://www.guardian.co.uk/voluntary-sector-network/2013/jan/24/impact-measurement-essential-winning-contracts>]

empleados con discapacidad ⁶⁹⁵, sus familias, profesionales de apoyo y administración pública); la creación de un mapa de impacto para comprender los cambios; el reconocimiento de los límites de los impactos de un programa u organización asignando una parte de los resultados a otras organizaciones y/o circunstancias; inclusión sólo de los impactos significativos en el análisis y asignación de valores económicos.

En España se ha desarrollado una experiencia piloto a través de Tasubinsa, el grupo Gureak y la Asociación de Centros de Empleo de Navarra que ha llegado a interesantes conclusiones⁶⁹⁶:

La actividad del empleo protegido, además de posibilitar a las personas con discapacidad el desarrollar un trabajo significativo, valorado y reconocido, que a la vez les aporta oportunidades reales de desarrollo profesional y de participación plena en el progreso económico y social, contribuye al desarrollo económico y social de la Comunidad en la que se encuentra el CEE.

La actividad del CEE tiene resultados positivos para los principales grupos de interés afectados por la misma: trabajadores con discapacidad, sus familiares, y los profesionales de apoyo del Centro:

- La actividad impacta en el desarrollo de todas las dimensiones de calidad de vida de las personas con discapacidad de manera positiva (bienestar

⁶⁹⁵ JIMENEZ LARA, A y HUETE GARCÍA, A., *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012.

⁶⁹⁶ ASOCIACIÓN DE CENTROS DE EMPLEO DE NAVARRA. *Análisis del retorno social de la inversión pública en un CEE de iniciativa social mediante la aplicación de la metodología SROI (Retorno Social de las Inversiones)*. Informe de resultados. Burlada, Asociación de Centros de Empleo de Navarra, 2013, p. 5-7. En este Informe se describe: 1. Por cada euro invertido por las Administraciones Públicas en el Centro Especial de empleo de iniciativa social analizado (vía subvenciones del coste salarial, bonificaciones de la seguridad social, ayudas para inversiones y subvenciones para las unidades de apoyo), el Centro Especial de Empleo ha conseguido retornar a la sociedad con su actividad 3,94 euros (datos año 2011). 2. El retorno total de la actividad del CEE sobre la inversión pública realizada, es ligeramente superior a los 2,3 millones de euros, alcanzando una tasa de retorno del 394% (datos del año 2011). Este impacto incluye además de los impactos directos económicos de la actividad del CEE ligados a su objeto social, los ahorros a las familias y otros ahorros a los Sistemas de Protección Social del Estado Español y/o de la Comunidad Foral de Navarra. 3. Se calcula que el hecho de que un trabajador con discapacidad con especiales dificultades esté desarrollando su actividad en el CEE supone un retorno sobre la inversión realizada de 49.623,54€ por cada persona trabajadora con discapacidad del CEE (año 2011, 47 personas con discapacidad, 40 de ellas con especiales dificultades). 4. Por cada euro invertido por las Administraciones Públicas, el CEE retorna directamente a las arcas públicas 0,68€, de manera que la cantidad real de inversión es de 0,32€. Si se suprimiera esta inversión de 0,32€, las Administraciones tendrían un gasto mínimo real de 0,85€, los trabajadores del CEE y las empresas relacionadas con su actividad dejarían de ingresar 0,86€ y tanto las familias como otras organizaciones de atención, incluidos los recursos gestionados directamente por la Administración, tendrían que incrementar sus gastos en 0,45€.

emocional, relaciones interpersonales, bienestar material, desarrollo personal, bienestar físico, autodeterminación, inclusión social y derechos).

- La actividad permite a los familiares de los trabajadores mejores condiciones para su calidad de vida, además de aportar ingresos en las distintas unidades familiares.
- Aporta a los profesionales que apoyan la actividad de los trabajadores con discapacidad un desarrollo y clima satisfactorios.

La actividad produce ahorros tanto para las familias de las personas con discapacidad que presentan especiales dificultades de inserción que trabajan en estos Centros, como para otros agentes y organizaciones que intervienen en la presentación de apoyos, servicios y recursos para este colectivo. También incide en ahorros indirectos para los diferentes sistemas de protección social como salud, pensiones, desempleo, servicios sociales.... Ya que contribuye al desarrollo en las distintas dimensiones de calidad de vida de estas personas y al mantenimiento de sus máximos niveles de autonomía, evitando el deterioro de sus capacidades. No disponer de esta oportunidad de desarrollo en el ámbito laboral, impacta directamente en un sobre coste para los distintos Sistemas de Protección Social y en una mayor demanda de prestaciones y servicios de corte asistencial⁶⁹⁷.

Es importante medir el impacto de las inversiones públicas y esta herramienta podría resultar de gran utilidad.

⁶⁹⁷ *Ibíd*em, pp. 10 y 11.

CAPÍTULO III ADAPTACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA

En los capítulos anteriores hemos tratado la falta de incentivos que existen para el mantenimiento del puesto de trabajo de una persona que sufre una incapacidad laboral, frente a los mecanismos previstos para aquellas que tienen reconocido el grado de discapacidad. En este último capítulo abordamos los aspectos que son comunes a ambos. Lo hemos titulado adaptación laboral de las “personas con discapacidad sobrevenida” porque con la nueva regulación existe una equivalencia entre aquellas con un grado de incapacidad total, absoluta o gran invalidez que serán reconocidos “en todo caso” como personas con un grado de discapacidad de, al menos, el 33%.

La diferenciación tradicional entre el empleo ordinario y el empleo protegido ha perdido buena parte de su sentido dada la necesidad de establecer programas y políticas de transición flexibles entre ambos tipos de empleo. Por ello lo relevante, no es el tipo de empleo ordinario, protegido o autónomo, en los términos del TRLGDPD, sino que será proceder a la elección del puesto adecuado a las capacidades de la persona.

Adaptar el puesto de trabajo y realizar ajustes razonables es una exigencia legal. En el mejor de los casos supondría la reincorporación del trabajador a su anterior empleo, siendo recolocado⁶⁹⁸ en un puesto adecuado a su capacidad residual, en la misma empresa o en otra diferente, desempeñando tareas acordes a su funcionalidad planteándose como última opción el empleo protegido. Se debería contar siempre con el apoyo y la orientación de la Administración que, desde sus equipos multiprofesionales, ya en la valoración de la incapacidad/discapacidad establecerán un programa individualizado de habilitación/rehabilitación con el fin de incorporar a esa persona, lo antes posible, a la vida laboral activa.

Podríamos preguntarnos si el tratamiento en nuestro derecho de las consecuencias en la relación laboral de una discapacidad sobrevenida es adecuada a la luz de la Directiva 2000/78/CE, transpuesta por la Ley 62/2003⁶⁹⁹, que ha introducido la obligación de los empresarios de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y de accesibilidad en la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario (art. 40 RDL 1/2013). Si bien se condiciona el

⁶⁹⁸ Vid. apartado ut supra 2.3.4

⁶⁹⁹ Así lo estima el CERMI en su informe Discapacidad sobrevenida e inclusión laboral: documento de posición y de propuestas del CERMI estatal. Marzo, 2012.

principio de no discriminación a que el trabajador se encuentre en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo que se trate, la Directiva no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate sí pero sí a realizar los ajustes razonables para personas con discapacidad.

La adaptación del puesto de trabajo sí es un deber del empresario, que deberá ajustar las tareas a las restricciones que afecten al trabajador por su estado de salud, por ejemplo, no manipulación de cargas superiores a determinado peso, no permanecer en bipedestación durante más de determinadas horas, no estar expuesto a determinados agentes, etc. No realizar una adaptación efectiva del puesto supondría abocar al trabajador a una posible incapacidad permanente o a su despido por causas objetivas. Sin embargo, la adaptación es exigible con relación a la actividad de la empresa y al proceso productivo⁷⁰⁰. No puede obligarse al empresario a configurar un nuevo puesto de trabajo del que no dispone ni precisa, desvinculado de las tareas profesionales que la empresa requiere para elaborar sus productos o prestar sus servicios. En cualquier caso, analizaremos a continuación en qué consistirían de una manera muy concreta, tanto la adaptación como los ajustes.

11 Adaptación de los puestos de trabajo

La adaptación del puesto de trabajo es el procedimiento que tiene como objetivo identificar la relación existente entre las demandas del trabajo y la capacidad individual de la persona con el fin de realizar los cambios necesarios en las condiciones de trabajo para garantizar y preservar su salud y seguridad. Tienen derecho a una adaptación del puesto aquellos trabajadores con discapacidad, o sin discapacidad reconocida pero especialmente sensibles a determinados riesgos derivados de las condiciones del lugar y/o puesto de trabajo que provoquen o agraven su salud. En realidad, cualquier trabajador puede tener algún rasgo físico, psíquico o sensorial que obliga a adaptar el puesto de trabajo vía art. 15 LPRL.

Recordemos que el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras,

⁷⁰⁰ La Sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Social, Sección 1ª nº65/2009 de 25 de marzo de 2009, aborda el alcance del deber empresarial respecto de dos situaciones: el cambio de puesto de trabajo y la adaptación del puesto.

puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. Debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad⁷⁰¹. El estado de salud de una persona incapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto entrar en el concepto discapacidad.

Por otra parte, el artículo 25 LPRL que regula la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, define a los mismos como aquellos trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, indicando que para conseguirlo, se establecerán medidas y se desarrollarán las actividades que se consideren necesarias.

Trabajador especialmente sensible (TES) es cualquier trabajador cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos presentes en el trabajo o a los riesgos que se agravan como consecuencia del trabajo⁷⁰². En los TES son las características personales las que afectan al puesto de trabajo, de manera que si ese trabajo se desempeña por otro trabajador no sensible, el puesto no presentaría ninguna peculiaridad⁷⁰³. Esto elimina la posibilidad de que, por ejemplo, trabajadores temporales, trabajadores nocturnos⁷⁰⁴ o trabajadores a turnos sean trabajadores sensibles por este hecho⁷⁰⁵. Además, estos trabajos ya tienen regulaciones específicas en materia de prevención y riesgos laborales.

Según el tipo de discapacidad, las diferencias de dos individuos cualesquiera con una determinada discapacidad son tan grandes o pequeñas como lo puedan ser entre dos personas sin discapacidad, y a lo largo de su vida experimentan cambios en sus funciones y limitaciones. Consecuencia directa de esto es que no existen actividades propias de personas con discapacidad, sino una forma de adaptar y prestar apoyo eficaz, de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo y

⁷⁰¹ Sentencia de 11 de abril de 2013, Danmark (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), apartados 28 a 32

⁷⁰² STSJ de Navarra de 11 de marzo de 2008 (Rec. núm. 56/2008), STSJ de Castilla y León, de 3 de enero de 2001 (Rec. núm. 2185/2000).

⁷⁰³ MORENO SOLANA, A., Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles, *Revista de información Laboral*, nº 7/2014 parte Art. Doctrinal, , 2014.

⁷⁰⁴ STSJ Navarra, 11 de marzo de 2008 (Rec. núm. 56/2008).

⁷⁰⁵ Art. 28LPRL trabajadores temporales; art. 36ET trabajadores nocturnos y a turnos.

potenciar las capacidades frente a las limitaciones para que puedan integrarse en el mercado laboral⁷⁰⁶.

11.1 Ficha ocupacional: profesión, tareas y capacidad del trabajador

Cuando un trabajador solicita el reconocimiento de una incapacidad laboral, el equipo de valoración tiene en cuenta la ficha ocupacional o profesiograma. Esta herramienta técnica proporciona información sobre el perfil profesional y las competencias de las ocupaciones existentes en el mercado. Incorpora información relativa a la familia profesional, catálogo nacional de cualificaciones profesionales, ocupación y puestos asimilados, la clasificación nacional de ocupaciones, las tareas, materiales y herramientas de trabajo así como los requerimientos de las tareas a nivel físico, postural, mental y neurosensorial para el normal desempeño o cualquier otro⁷⁰⁷. Otorga información sobre si las secuelas que padece el trabajador y afectan a su capacidad funcional laboral le permitirán o no continuar desempeñando su trabajo.

El TS⁷⁰⁸ y el TC⁷⁰⁹ señalan que se han de poner en relación las secuelas con el profesiograma laboral para determinar la repercusión de aquéllas sobre el desempeño de ésta.

La legislación española en materia de valoración de incapacidades en el Sistema de Seguridad Social, establece que en la calificación de la incapacidad, en sus distintas modalidades, quede determinada la profesión del trabajador. Al intentar identificar cuáles son las profesiones y cómo se concretan sus tareas fundamentales nos encontramos con una laguna, ya que el artículo 137.2 LGSS define lo que es “habitual” pero no lo que es “profesión”. Esta laguna ha generado diversas propuestas que pasan por la remisión a los conceptos de la legislación laboral⁷¹⁰, la remisión a la clasificación nacional de ocupaciones⁷¹¹ o la

⁷⁰⁶ VVAA. *Estudio sobre ajustes razonables del puesto de trabajo*. Fundación Largo Caballero, Informe final, octubre 2008. p.32.

⁷⁰⁷ El profesiograma es la descripción del conjunto de características mínimas de estudios, experiencia, conocimientos, aptitudes, habilidades y rasgos psíquicos que se establecen asociados a un puesto de trabajo y que definen teóricamente al tipo de persona apta para ocuparlo, producto del análisis del puesto. RODRIGUEZ IZQUIERDO, R. Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente en RIVAS VALLEJO, P., *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, 2ª ed. Madrid, Thomson Aranzadi, 2008, p. 126.

⁷⁰⁸ STS de 24 de julio de 2003 (Rec. 6793/2002).

⁷⁰⁹ STC 111/2000 (RTC 2000, 111) establece que se debe tener en cuenta “el alcance de las secuelas que aquejan aquélla en relación con el profesiograma”.

construcción de un concepto específico de profesión⁷¹², opción seguida por el TS vinculando el concepto a un contenido objetivo que el trabajador puede asumir dentro de sus capacidades y que el empresario le puede exigir a través de una movilidad ordinaria. La delimitación del concepto de profesión habitual⁷¹³ no solo es trascendente a los efectos de valorar la existencia de incapacidad permanente y, en ese caso, en qué grado, pues también lo es, ya reconocida la prestación de incapacidad permanente total para una profesión habitual, para verificar si una eventual nueva ocupación es la misma o distinta profesión habitual a efectos de compatibilidad de prestación y trabajo⁷¹⁴.

El INSS publicó en 2009 la primera edición de la Guía de Valoración Profesional, con el objetivo de proporcionar a los médicos inspectores y al Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones y otras fuentes de información laboral, relativa a las competencias y tareas de cada ocupación, así como los requerimientos teóricos o

⁷¹⁰ Solución que defiende FABREGAT MOFORT, G. “La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente total”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2005..

⁷¹¹ Así lo hacen en la STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2007 comentada por RIVAS VALLEJO, P. “La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2007. La Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-11) aprobada por RD 1591/2010, de 26 de noviembre. Es una clasificación cuyo objeto es el tratamiento uniforme de la información sobre ocupaciones a efectos estadísticos pero no se construye sobre aspectos relevantes a efectos de invalidez.

⁷¹² LOUSADA AROCHENA, J.F. “Concepto de profesión habitual a efectos de la declaración de incapacidad permanente”, *Actualidad Laboral* nº 4 abril 2014, establece que teniendo en cuenta una lectura conjunta de las SSTs 25/89, de 17 de enero, de 12-2-2003 (Recud. 861/2002), y de 28-2-2005 (Recud. 1591) sería como sigue: se estará a las concretas funciones rutinarias asignadas al trabajador sin que se puedan tomar en consideración otras que no sean tareas fundamentales –STS de 12-2-2003 (Recud. 861/2002)-, y sin que se puedan tomar en consideración otras con menos o distintos requerimientos aún incluidas dentro de su grupo profesional- STS de 28-2- 2005 (Recud. 1591/2004)-, pero sí otras con más requerimientos que le puedan ser exigidas al trabajador dentro del juego de la movilidad ordinaria.

⁷¹³ En cuanto a los parámetros temporales utilizados para verificar la habitualidad aparece expresamente resuelta en el art. 137.3 del TRLGSS y en su desarrollo reglamentario a través del art. 11.2 de la OM de 15-4-1969. Existe gran rigidez aplicativa, en particular con relación a las reglas establecidas en el supuesto de enfermedad, sea común o profesional. LOUSADA AROCHENA, J.F. “Concepto de profesión habitual a efectos de la declaración de incapacidad permanente”, *Actualidad Laboral* nº 4 abril 2014 p.

⁷¹⁴ El TS entiende que la profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de emisión del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. STS DE 9 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1748). Anteriormente, la postura mantenida por el Tribunal Central del Trabajo era que la profesión habitual se refería al conjunta de trabajos que constituirían el contenido del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional (STCT de 24 de mayo de 1975 [RTCT 1975, 2648]. Más tarde concretó que las tareas a poner en relación con las secuelas que presentaba el presunto incapaz eran las definidas para su categoría profesional en la ordenanza laboral o en el convenio colectivo de aplicación (STCT 6 febrero de 1986 [RTCT 1986, 702]. Vid. Supra apartado 3.5.2.

cualidades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada.

Existen determinadas patologías cuya naturaleza y evolución originan una incapacidad para el desarrollo de toda actividad laboral, pero la mayoría de los procesos patológicos inciden en capacidades concretas del trabajador. En estas situaciones es imprescindible conocer las funciones y tareas asignadas a cada ocupación, las aptitudes y facultades psicofísicas que el trabajador debe poseer así como riesgos o circunstancias que puedan incidir en la capacidad laboral de los trabajadores. La Guía se creó con el fin de orientar el reconocimiento médico y objetivar las limitaciones orgánicas y funcionales de acuerdo con el perfil ocupacional del trabajador en sus expedientes de incapacidad temporal y permanente, facilitar la toma de decisiones en los expedientes en relación con altas, bajas o apertura de expedientes por incapacidad permanente; completar el análisis de riesgos, evaluar la posible etiología profesional del cuadro patológico y contribuir a dar un tratamiento homogéneo en expedientes donde fuera necesario determinar la contingencia, así como facilitar la posible situación de compatibilidad/incompatibilidad en los expedientes de revisión de grado de incapacidad permanente, por declaración de inicio de actividad del pensionista.

Dado el volumen de profesiones diferentes existentes, en esta primera edición se optó por elaborar en el año 2008, las fichas profesionales de las 150 ocupaciones más frecuentes codificadas por los médicos del INSS en el Aplicativo de Trabajo Informático para las Unidades Médicas (ATRIUM), que incluían el 92% del total de profesiones codificadas en los expedientes de incapacidad temporal⁷¹⁵. Cada ficha consta de 3 grandes bloques de contenidos: Identificación de la profesión y

⁷¹⁵Se analizaron 41.195 profesiones que dieron lugar a 425 códigos. Se ordenó el listado por frecuencia, de manera que los 15 primeros códigos representaban el 58,30% del total de profesiones codificadas, los 30 primeros el 69,90% y las 150 profesiones más frecuentes incluían el 92% del total de profesiones cualificadas. Las 30 primeras profesiones y su porcentaje de frecuencia fueron las siguientes: peones agrícolas (15,62%), personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos (8,06%), dependientes y exhibidores en tiendas, almacenes, y mercados (4,93%); auxiliares administrativos con tareas de atención al público (3,94%); empleados del hogar (3,90%), albañiles y mamposteros (3,76%); peones de industrias manufactureras (2,67%); auxiliares de enfermería hospitalaria (2,52%), camareros, bármanes y asimilados (2,49%); cocineros y otros preparadores de comidas (2,14%); trabajadores por cuenta propia en actividades agrícolas (2,11%); conductores de camiones (1,75%); enfermeros (1,60%), peones de obras públicas y mantenimiento de carreteras y presas (1,53%); peones de la construcción de edificios (1,29%); trabajadores por cuenta ajena en actividades agrícolas (1,28%), ordenanzas (1,04%); taxistas y conductores de automóviles y furgonetas (0,96%); vendedores ambulantes (0,92%); matarifes y trabajadores de las industrias cárnicas y del pescado (0,85%); peluqueros y especialistas en tratamiento de belleza (0,76%); vigilantes, guardianes y asimilados (0,72%); representantes de comercio y técnicos de venta (0,70%); médicos (0,68%); mecánicos y ajustadores de vehículos de motor (0,67%); encargado de sección dentro de un comercio y asimilados (0,65%); trabajos conserveros de frutas y verduras (0,64%); carpinteros (excepto carpinteros de estructuras metálicas (0,62%); pintores, barnizadores, empapeladores y asimilados (0,57%); peones del transporte y descargadores (0,55%)

descripción de competencias y tareas⁷¹⁶, requerimientos profesionales y posibles riesgos y circunstancias especiales. El apartado de requerimientos profesionales, a su vez, los clasifica en 12 tipos diferenciados en función de los sistemas o estructuras corporales implicados, abarcando tanto los requerimientos biomecánicos como los neurosensoriales y la carga física y mental.

El apartado de identificación de la profesión y descripción de competencias y tareas realiza una recopilación de la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones nacionales y otras fuentes de información laboral, con objeto de identificar las circunstancias específicas en las que se desarrollan las actividades laborales y las competencias y tareas asignadas a cada ocupación⁷¹⁷. También se ha utilizado la Clasificación de Actividades Económicas (CNAE 2009)⁷¹⁸, para encuadrar el sector de actividad en el que se desarrolla cada ocupación. Cada denominación hace referencia a la actividad genérica donde se desarrolla el trabajo, determinando de modo preciso dicha actividad. Algunas ocupaciones pueden desarrollarse en más de un sector de actividad, y en estos casos, las circunstancias y tareas específicas pueden variar en función del sector al que pertenezcan. La información se complementa con la referencia al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP)⁷¹⁹ y con la denominación y referencia normativa sobre los Certificados de Profesionalidad del SEPE⁷²⁰ y referencia a los Convenios Colectivos.

⁷¹⁶ Para identificar cada profesión y describir las competencias y tareas se ha tomado como referencia la Clasificación Nacional de Ocupaciones aprobada mediante Real Decreto 917/1994, de 6 de mayo homologable a las clasificaciones de otros países; también la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, aprobada mediante Real Decreto 475/2007, de 13 de abril; para encuadrar el sector de actividad en el que se desarrolla cada ocupación. La información se complementa con el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales que ordena las cualificaciones profesionales susceptibles de reconocimiento y acreditación, en función de las competencias apropiadas para el ejercicio profesional. También se incluyen la existencia o no de certificado de profesionalidad así como de Convenios Colectivos.

⁷¹⁷ Como referencia se tomó la hoy derogada CNO-94 aprobada mediante RD 917/1994, de 6 de mayo ya que era acorde con la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO-88) y homologable a las clasificaciones de países de nuestro entorno. El RD 1591/2010, de 26 noviembre reformula su estructura y aprueba el CNO-11 actualmente en vigor.

⁷¹⁸ Aprobada mediante Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, en vigor desde el 1 de enero de 2009.

⁷¹⁹ Instrumento del Sistema Nacional de las Cualificaciones y Formación Profesional que ordena las cualificaciones profesionales susceptibles de reconocimiento y acreditación, en función de las competencias apropiadas para el ejercicio profesional. Este catálogo comprende las cualificaciones profesionales más significativas del sistema productivo español, organizadas en familiar profesionales y niveles. Constituye la base para elaborar la oferta formativa de los títulos y los certificados de profesionalidad.

⁷²⁰ Antiguo Instituto Nacional de Empleo (INEM) en aquellas profesiones en las que existieran.

El apartado de requerimientos profesionales, a su vez, los clasifica en 12 tipos diferenciados en función de los sistemas o estructuras corporales implicados, abarcando tanto los requerimientos biomecánicos como los neurosensoriales y la carga física y mental⁷²¹. En este apartado se describen las aptitudes o facultades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada mediante una escala de 4 grados de menor a mayor nivel de intensidad o exigencia.

Existe otro apartado para mostrar posibles riesgos y circunstancias personales derivados del ambiente de trabajo, del material o herramientas de trabajo, las circunstancias especiales⁷²². Si esa ocupación se incluye en el cuadro de enfermedades profesionales⁷²³ se mencionan las posibles enfermedades y/o agentes implicados.

El tribunal médico, teniendo en cuenta la herramienta anterior y toda la documentación y pruebas del trabajador evaluará sus enfermedades y la incidencia en la capacidad laboral para formular el dictamen propuesta en base al informe médico de los facultativos del INNS y al informe de antecedentes profesionales. Finalmente, el Director Provincial del INSS dictará resolución expresa declarando el grado de incapacidad, la cuantía de la pensión y el plazo de revisión para ver si se agrava o se atenúa.

El equipo de valoración de incapacidades debería contar con un servicio de readaptación profesional para permitir, en primer lugar, que, previas adaptaciones, la persona conserve su puesto u otro distinto en la misma empresa. En caso de no ser viable, acompañar al trabajador en la búsqueda de nuevas alternativas teniendo en cuenta las fórmulas del empleo protegido promoviendo su integración laboral y/o social, más allá de la situación de “pensionista”. El INNS debería contar con un equipo de profesionales que se aseguraran de la orientación

⁷²¹ Los requerimientos analizados son carga física, carga biomecánica (columna, hombro, codo, mano, cadera, rodilla, tobillo/pie; manejo de cargas, trabajo con precisión; sedestación; bipedestación (estática, dinámica); marcha por terreno irregular; carga mental (comunicación, atención al público, toma de decisiones, atención/complejidad, apremio); audición; visión (agudeza visual, campo visual); otros órganos de los sentidos (olfato, gusto y tacto); dependencia (falta de autonomía).

⁷²² Los permisos administrativos se refieren a la necesidad de disponer de algún certificado o carné específico para desarrollarla.

⁷²³ Aprobado mediante Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre (BOE de 19/12/2006). Esta inclusión se realiza con el objetivo de poder orientar la valoración de la incapacidad hacia una contingencia común o profesional. No obstante, relacionar la actividad laboral con una determinada enfermedad profesional, requiere el estudio individualizado de cada paciente por ello se hace referencia a las “Notas explicativas de ayuda al diagnóstico de las enfermedades profesionales” publicadas por el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo en 1999. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/NotasAyudaDiagEnfProf.pdf>

profesional, formación, colocación y empleo de personas inválidas. Este proceso de readaptación debería comenzar lo antes posible⁷²⁴.

11.2 Valoración de la aptitud para trabajar

La aptitud para trabajar es la capacidad psicofísica del individuo para realizar su trabajo sin riesgo para su propia salud o la de otros⁷²⁵. No existen criterios ni recomendaciones sobre cómo valorar la aptitud para trabajar en España. Esto motiva que esta actividad se desarrolle de forma muy heterogénea, sin una base científica⁷²⁶. En la valoración de la aptitud para trabajar se deben tener en cuenta el rendimiento y absentismo previsible, el riesgo de salud y seguridad propia y el riesgo de salud y seguridad para otros⁷²⁷.

En la práctica, los médicos del trabajo tienen en cuenta más factores al tomar una decisión sobre aptitud para trabajar que incluye capacidad, riesgo de seguridad y salud, factores económicos, éticos y legales. El criterio de capacidad para trabajar parece ser el más importante, junto con el de riesgo para la seguridad y salud⁷²⁸. La valoración de la capacidad va a depender de las consecuencias anatómicas, fisiológicas, psicológicas o de otro tipo que provoque el proceso patológico y de la compatibilidad o no con los requerimientos anatómicos, fisiológicos, psicológicos o de otro tipo que necesite el puesto de trabajo en concreto.

Existen diferentes sistemas de valoración pero no se dispone de un método preciso. Una dificultad añadida es tener que trasladar cualquier método a la legislación española ya que se clasifica en grados. Una forma de clasificar estos sistemas puede ser en métodos positivos y métodos negativos⁷²⁹.

Los métodos negativos serían aquellos que indican aquellas enfermedades y características que impiden la realización de alguna profesión u oficio. Algunas profesiones por sus características requieren de un reconocimiento médico previo

⁷²⁴ Ver *infra* apartado 14.

⁷²⁵ Grupo de Trabajo sobre la Valoración de la aptitud para trabajar, Cátedra MC Mutual-UPF de Medicina del Trabajo, Barcelona 2005 y Madrid 2006.

⁷²⁶ Este es el resultado al que llega una revisión sistemática de artículos publicados entre 1984 y 2005. VVAA, *Valoración de la aptitud para trabajar...* op cit. p. 18.

⁷²⁷ DAVIS, A, "Risk Work and Mental Health", en H. Kemmshall and Pritchard (Eds.) *Good Practice in Risk Assessment and Risk Management*, London, 1996.

⁷²⁸ VVAA Valoración de la aptitud para trabajar... op.cit. p.25.

⁷²⁹ *Ibidem.*, p. 25

debido a que son necesarios permisos o porque existen riesgos de padecer enfermedad profesional.

Los métodos positivos establecen sistemas de valoración de las lesiones o enfermedades mediante fórmulas o baremos. La valoración consiste en la aplicación de normas determinadas sobre la persona enferma midiendo su capacidad funcional. Estos métodos pueden ser descriptivos, basados en la descripción y valoración subjetiva del médico evaluador sobre las lesiones presentes; baremos que identifican determinadas lesiones o enfermedades a las que asignan una puntuación o porcentaje, o métodos que aplican un determinado sistema de exploración y valoración. Entre estos se encuentran las Tablas de la Asociación Médica Americana que publica en su revista de forma periódica para valorar el menoscabo permanente. Son utilizadas como referencia pero presentan como principal problema la adaptación de sus resultados a nuestra legislación en grados de incapacidad⁷³⁰. El otro es el Método Empírico que fue el primero que se utilizó para evaluar una determinada incapacidad. Este último se basa en la experiencia del evaluador, sin aplicación de unas reglas o criterios determinados aunque sí es necesario que se acompañe de una sistemática de trabajo y de protocolos de actuación que garanticen la uniformidad de criterios. Este es el sistema empleado en la calificación de la incapacidad laboral en España.

11.2.1 Métodos o técnicas de valoración funcional

Se utilizan para evaluar las características de una persona en un entorno determinado y con un fin concreto como conocer la severidad de una lesión concreta y su implicación funcional para la obtención de indemnizaciones, evaluar la autonomía de una persona y la necesidad de productos de apoyo o tercera persona para actividades de la vida diaria, planificar el tratamiento médico y rehabilitador y supervisar su evolución, ver las características de una población concreta para diseñar productos adaptados, determinar si una persona puede reincorporarse a un empleo anterior tras una condición discapacitante o valorar si las capacidades residuales son compatibles con las exigencias de un nuevo puesto de trabajo.

Estas herramientas pueden ser de tipo clasificatorio, como la CIF; pueden proporcionar un perfil funcional completo, como el PULSES, el FLS (*Functional Life Scale*) o FAI (*Functional Assessment Inventory*); pueden ser sistemas globales de valoración de discapacidad física, que permiten objetivar alteraciones de la movilidad articular, marcha humana, manipulación, fuerza, coordinación y

⁷³⁰ La valoración de afectación de cada aparato u órgano se realiza mediante unos criterios a aplicar y se establece en porcentaje. Así se obtienen los denominados menoscabos de cada una de las patologías. Esto se complementa con unas tablas de valores combinados ya que la adición de patologías o de segmentos funcionales no se puede hacer por suma aritmética.

equilibrio, como Ned/IBV⁷³¹ o instrumentos de valoración de las actividades de la vida diaria para determinar el grado de dependencia/independencia del sujeto en cuanto a la movilidad y el cuidado personal, como el Barthel Index, Katz Index of ADL y Kenny self-care o instrumentos para valorar un perfil funcional de pacientes con una determinada enfermedad o condición como el BUSTOP (Burke Stroke Time- Oriented Profile) para personas que han sufrido un accidente cerebrovascular, el QIF (Quadriplejia Index of Function) para personas con tetraplejia, o el Test de Jebsen para valorar la función de la mano.

11.2.2 Análisis de las condiciones de trabajo: evaluación de riesgos laborales

La LPRL refleja que se debe partir de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, en la que se tomen en consideración todos los elementos relevantes (equipos, lugares, sustancias químicas, organización del trabajo, etc....) para poder adoptar las medidas de prevención, los métodos de trabajo y producción necesarios para garantizar el mayor nivel de seguridad y salud a los trabajadores. Si tras la evaluación, se detectan riesgos, el empresario está obligado a planificar la actividad preventiva que proceda, con objeto de eliminar, controlar y reducir dichos riesgos (art. 8 RSP), debiendo asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación y efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma (art. 16.2.b LPRL).

El problema que puede existir es que el diseño de los sistemas de evaluación ha sido concebido para los riesgos físicos y no para los psicológicos, resultando bastante complicado encontrar métodos fiables para identificar y, en su caso, evaluar riesgos psicosociales⁷³². Los riesgos físicos, por ejemplo, son detectados por un análisis empírico como la medición del ruido, de agentes biológicos o químicos, presentes en el entorno laboral. La detección de los riesgos psíquicos está sujeta a un análisis objetivo de la realidad, que debe ser realizado por un profesional que está condicionado por la receptividad a este tipo de riesgos en un contexto empresarial determinado⁷³³.

⁷³¹ NedDiscapacidad/IBV Permite valorar las deficiencias relacionadas con el sistema músculo-esquelético, el sistema nervioso, el aparato respiratorio, el aparato cardiovascular, el sistema hematopoyético, el aparato digestivo, el aparato genitourinario, el sistema endocrino, la piel y anejos las neoplasias, el aparato visual, el oído y la garganta, el lenguaje, el retraso mental y la enfermedad mental. Es una aplicación que transforma los porcentajes asociados a una deficiencia concreta a porcentajes globales, y calcula los valores combinados de todas las valoraciones realizadas.

⁷³² FERRADANS CARAMÉS, C., "Prevención de Riesgos Psicosociales" en DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a. L. (Resp.) *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, p.111.

⁷³³ En España existe el método ISTAS 21, adaptación del método CoPsoQ desarrollado por el Instituto Nacional de Salud de Dinamarca. Se trata de una iniciativa respaldada por el INSHT que parte de la base de que los riesgos psicosociales tienen su origen en una organización nociva del

Existen una serie de herramientas para valorar las condiciones de trabajo planteadas para diferentes perfiles de población y sectores de actividad. Los más difundidos son el método Renault, Lest, Fagor, INSHT... que coexisten con otros instrumentos específicos: Ergo-IBV, RULA, OCRA, NIOSH, etc.

La mayoría de los métodos están dirigidos a valorar el diseño geométrico de los lugares de trabajo, la seguridad, la influencia de la carga física y del entorno ambiental, las posturas de trabajo y la influencia de los factores psicosociales.

La metodología es similar y se utilizan perfiles o listas de comprobación a través de una plantilla donde se van revisando las diferentes variables y se anotan observaciones. Las puntuaciones normalmente se encuentran graduadas entre 1 y 5. Los esquemas tradicionales contemplan la accesibilidad general al puesto, factores de observación de la postura principal y durante el esfuerzo, los movimientos, la altura de los planos de trabajo, el alcance manual de los objetos, el uso de los útiles y herramientas, valoración de los factores ambientales como iluminación, ruido, vibraciones, confort térmico, contaminantes, aspectos de seguridad, carga mental y factores de naturaleza psicosocial y organizacional⁷³⁴.

Permiten identificar las principales condiciones de riesgo en el trabajo. Se pueden aplicar en diferentes sectores y puestos. Los más utilizados son los siguientes:

- Manual para la evaluación y prevención de riesgos ergonómicos y psicosociales en PYME ⁷³⁵ cuyo objetivo es proporcionar procedimientos sencillos para identificar y evaluar riesgos ergonómicos y psicosociales. Valora aspectos como el ambiente térmico, ruido iluminación, diseño del puesto, trabajo con pantallas de visualización, manipulación de cargas, postura o repetitividad, carga mental de trabajo, riesgos de origen psicosocial.

trabajo, que puede causar efectos adversos a la salud de los trabajadores. Se orienta a la acción preventiva y son unos cuestionarios individuales anónimos de respuesta voluntaria y confidencial por los trabajadores, en los cuales se incluyen cuatro riesgos psicosociales en el trabajo que pueden ser identificados: el exceso de exigencias psicológicas en el trabajo, la falta de control sobre los contenidos y las condiciones de trabajo y de posibilidades de desarrollo, la falta de apoyo social, de calidad de liderazgo, de previsibilidad o de claridad del rol en el trabajo y las escasas compensaciones del trabajo.

⁷³⁴ Atendemos a la clasificación realizada por el Instituto Biomecánico de Valencia, disponible en línea [<http://adaptar.ibv.org>].

⁷³⁵ Elaborado por el INSH y el IBV Disponible en línea [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias/Guias_Ev_Riesgos/Manual_Eval_Riesgos_Pyme/evaluacionriesgospyme.pdf].

- Lista de comprobación ergonómica⁷³⁶ tiene el fin de mejorar las condiciones de trabajo desde el punto de vista de la seguridad, salud y eficiencia. Contiene 128 intervenciones que pretenden crear efectos positivos sin grandes costes o soluciones muy sofisticadas. Existe otra versión para la adaptación de puestos de trabajo.

- Métodos ergonómicos y psicosociales para evaluar las condiciones de trabajo y su impacto en un trabajador concreto. Permiten conocer con mayor precisión los niveles de riesgo de una tarea concreta o averiguar el peso de los diferentes factores de riesgo para un rediseño del puesto de trabajo. Los métodos pueden ser ergonómicos (REBA), psicosociales (ISTAS 21) o mixtos (ERGOIBV). El método REBA (*Rapid Entire Body Assessment*) analiza factores de carga postural dinámicos y estáticos y la interacción persona-carga. Inicialmente fue concebido para ser aplicado ser el análisis de posturas forzadas que realizan determinados profesionales del sector sanitario y servicios, pero en la actualidad se considera útil para valorar la carga física en puestos de trabajo con posturas variadas y sin ciclos definidos. ISTAS21⁷³⁷ es una herramienta de evaluación de riesgos psicosociales orientada a la prevención. Es la adaptación para el Estado español del Cuestionario Psicosocial de Copenhague, instrumento diseñado para cualquier tipo de trabajo en el mundo laboral occidental. Incluye 21 dimensiones psicosociales, que cubren el mayor espectro posible de situaciones psicosociales que pueden existir en un empleo. Pretende utilizar las mismas definiciones e instrumentos de medida para permitir comparaciones entre ocupaciones y sectores. FPSICO es un método de evaluación de factores psicosociales elaborado por el INSHT⁷³⁸. Permite realizar un diagnóstico de la situación psicosocial de una empresa o de áreas parciales. Se basa en la aplicación de un cuestionario individual a partir de la definición de factores psicosociales como la carga mental, la autonomía temporal, el contenido del trabajo, la supervisión-participación, definición del rol, interés por el trabajador o las relaciones personales. Aunque existen otras herramientas y técnicas, estas son las más utilizadas⁷³⁹.

⁷³⁶ Ergonomic Checkpoints. Disponible en línea:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_120133.pdf

⁷³⁷ Centro de Referencia de Organización del Trabajo y Salud. Instituto Sindical de Ambiente, Trabajo y Salud. Manual del método CoPsoQ-istas21 (versión 1.5) para la evaluación y prevención de riesgos psicosociales para empresas con 25 o más trabajadores y trabajadoras. Barcelona: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud; 2010. Disponible en línea [http://www.istas.net/copsoq/ficheros/documentos/manual_metodo.pdf]

⁷³⁸ Disponible en línea [<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1>]

⁷³⁹ Factores psicosociales. Identificación de factores de riesgo. Instituto Navarro de Salud Laboral Disponible en línea [<https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/91537D34-8F93-4030-A4D5-CD45BC6E3597/170923/GuiaEvalDiscapFisicos2007.pdf>]. Técnicas observacionales (observación sistemática no participante, observación participante, estudio de casos)⁷³⁹. El INSHT ha publicado

Por ejemplo, es muy poco habitual que se realicen acciones preventivas y terapéuticas en empresas con el fin de mejorar la salud mental de los trabajadores. También son muy pocas las empresas que han puesto en práctica planes de acción para retener y reincorporar al trabajo a personas con problemas de salud mental. A pesar de las campañas de sensibilización, aún hay cierto temor a las personas con enfermedad mental, lo que produce su estigmatización. Cabe destacar un cambio en el centro de atención que traslada el enfoque reactivo de abordar la enfermedad a otro más preventivo. Este es el enfoque que se refleja en los acuerdos marco europeos sobre el estrés relacionado con el trabajo y sobre el acoso y la violencia en el trabajo. La salud mental y el bienestar de los trabajadores se considera cada vez más una cuestión organizativa que está en función del estilo de la gestión y la calidad del trabajo⁷⁴⁰. Deberán ponderarse al efectuar la evaluación no sólo la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, sino aspectos tales como las tareas a realizar por el trabajador que ocupe el puesto de trabajo valorado, esto es, la duración y frecuencia de su actividad, lugares donde se realiza, formación recibida, instalaciones, máquinas y equipos utilizados, forma de organización del trabajo, sustancias y productos utilizados, medidas de control existentes, etc. (art. 4.7 LPRL). Todo ello teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, es decir, evaluando de forma concreta las características de cada actividad y medio de trabajo, así como el perfil del trabajador que ocupa dicho puesto⁷⁴¹.

En la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, un 86,4% de los trabajadores opinaron que tienen un problema de salud que ha sido agravado o producido por el trabajo; fundamentalmente se trata de problemas como el

una guía para empresas con menos de 50 trabajadores, sobre simplificación documental . Disponible en línea

[<http://www.insh.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTécnicas/Ficheros/GuiaSimplificacionDocumental.pdf>]. Técnicas de información mediante conducta verbal (entrevista cerrada, semidirigida o semiestructurada, grupo de discusión, métodos de consenso). Análisis de documentos escritos (documentos personales, registros biográficos y autoinformes).

⁷⁴⁰ Por este motivo se convocó la conferencia de alto nivel de la UE “Juntos por la salud mental y el bienestar” celebrada el 13 de junio en Bruselas con el objetivo de lanzar el Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar Social. Información disponible [<https://osha.europa.eu/es/seminars/>]. En España la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) ha desarrollado el estándar OHSAS 18.001 que permite certificar el desempeño en seguridad y salud laboral.

⁷⁴¹ FERRADANS CARAMÉS, C., “Prevención de Riesgos Psicosociales”...op. cit. p.111. La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral comprenderá, entre otros, el desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de riesgos laborales, o fomentar la promoción de la salud en el lugar de trabajo, a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables. apartados e) g) art. 33 LGSP. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre 2011) en su artículo 32 recoge que *la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo.*

cansancio o agotamiento (87,3%), los trastornos musculoesqueléticos en general (87,1%) y el estrés, ansiedad o nerviosismo (82,1%)⁷⁴². En el Informe anual del Observatorio de Enfermedades Profesionales y Enfermedades Causadas o Agravadas por el Trabajo aparecen recogidos 97 casos de desórdenes mentales causados por el trabajo y 13 agravados por éste⁷⁴³.

Puesto que la experiencia enseña que los efectos negativos de los factores de riesgo psicosocial presentes en el trabajo no afectan por igual a todas las personas, cabe concluir que la resistencia de las mismas podría ser eliminada con un aprendizaje adecuado. Sin embargo, la prevención basada exclusivamente en la modificación del comportamiento individual presenta limitaciones importantes, al menos, por dos razones fundamentales: una es la gran dificultad que se observa para que las personas modifiquen sus comportamientos individuales. El fracaso de este tipo de programas con un enfoque individualizado es que estos comportamientos no responden sólo a una decisión “individual”, sino que están influenciados por el entorno social y cultural en el que se desarrollan⁷⁴⁴. Por otra parte, tendría un impacto limitado en la prevalencia de la enfermedad por lo que evitar los riesgos y actuar sobre el medioambiente es mucho más eficaz y eficiente que los intentos de modificar el comportamiento individual⁷⁴⁵.

11.2.3 Prevención de riesgos inclusiva

El artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ya introdujo la necesidad por parte de los empresarios de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará medidas preventivas y de protección necesarias. El art. 15 refuerza esa protección: grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. El empresario tiene obligaciones específicas y concretas en relación a la adaptación de los lugares y equipos de trabajo que así se establecen en el Real Decreto 486/1997, de

⁷⁴² VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2011 INSHT. Disponible en: [[http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20\(VII%20ENCT\).pdf](http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20(VII%20ENCT).pdf)].

⁷⁴³ Observatorio de enfermedades profesionales (CEPROSS) y de enfermedades causadas o agravadas por el trabajo (PANOTRATSS). Informe anual 2012. Disponible en línea [<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/145097.pdf>], p.43.

⁷⁴⁴ COLLANTES IBÁÑEZ, P. “Prevención de riesgos psicosociales y salud mental” en COLLANTES IBÁÑEZ, M.P. y MARCOS I J.I. (Coords.) *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, p. 43.

⁷⁴⁵ Y así queda recogido en los principios preventivos contenidos en el art. 15 LPRL.

14 de abril, por el que se establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares y equipos de trabajo⁷⁴⁶. El artículo 3.2 c) del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo indica que entre otros factores, el empresario deberá tener en cuenta las adaptaciones necesarias para su utilización por trabajadores con discapacidad.

Tradicionalmente la prevención de riesgos laborales se centra en las enfermedades profesionales más que en la salud en sí misma. Esto es, trata de cumplir obligaciones legales de no perjudicar la salud y el bienestar de los trabajadores más que utilizarse como una herramienta de la salud pública⁷⁴⁷. Se considera prevención inclusiva el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, incluyendo criterios que engloben trabajadores especialmente sensibles, así como de accesibilidad global del entorno.⁷⁴⁸

Hasta la adopción del primer Programa de Acción Social en 1974, que marcó el comienzo de la política social comunitaria, esta estuvo limitada a las actividades del Fondo Social Europeo. Este primer Programa estableció las líneas generales y objetivos de la política social comunitaria entre los que se encontraba la mejora de las condiciones de vida y trabajo. Esto dio lugar al *I Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad y de higiene en el trabajo* (1978-

⁷⁴⁶ Así en su Anexo I, 13 dispone que “los lugares de trabajo y, en particular , las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados y ocupados por trabajadores con discapacidad, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos”.

⁷⁴⁷ VVAA. Salud mental Europa. Políticas y práctica, líneas futuras en salud mental European Observatory p. 156, se afirma que “dado que no se ha demostrado que los vínculos entre los factores relacionados con el puesto de trabajo y las enfermedades psiquiátricas sean demasiado sólidos, desde la perspectiva de la salud y de la seguridad laborales, y también desde la perspectiva del mundo empresarial, la enfermedad psiquiátrica no representa realmente un problema. Igualmente, podría argumentarse que desde la perspectiva de los profesionales clínicos y de los profesionales de la rehabilitación, esta ausencia de un vínculo explícito y claro entre el puesto de trabajo y los trastornos psiquiátricos graves ha sido la causa del interés limitado por la reintegración en el puesto de trabajo de las personas con enfermedades psiquiátricas. No obstante, en las últimas décadas se ha observado la aparición de un fenómeno que no se ajusta adecuadamente a esta generalización; el problema del estrés y, concretamente, el del estrés laboral.”

⁷⁴⁸ Cada año, millones de personas en la UE sufren lesiones laborales o ven su salud gravemente dañada por motivos derivados del trabajo. Por ello cobra especial importancia la evaluación de riesgos ya que permitirá a las empresas adoptar una política activa de gestión de riesgos en el lugar del trabajo. Cada año mueren en la UE unos 7.500 trabajadores en el puesto de trabajo y se producen 170.000 accidentes o enfermedades profesionales. Más de 7 millones sufren lesiones que requieren, al menos, tres días de baja. La agricultura, la construcción, el transporte y la sanidad son los trabajos más peligrosos. [http://ec.europa.eu/news/employment/081024_1_es.htm].

1982)⁷⁴⁹ donde se definían las líneas de actuación entre las que se establecían medidas para una “prevención eficaz” de los accidentes y enfermedades profesionales. En 1989 fue adoptada por el Consejo Europeo la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores cuya pretensión era contribuir a la realización de la dimensión social del mercado interior pero que finalmente fue una declaración de políticas de carácter no vinculante. A pesar de ello la Comisión presentó el Programa de acción para la aplicación de la Carta a través de cuarenta y siete medidas concretas. El *III Programa de Acción Social*⁷⁵⁰ refuerza la importancia de la seguridad y ergonomía en el lugar de trabajo; la salud e higiene en el trabajo, los valores límite de exposición a determinadas sustancias, y agentes, la formación de responsables y de trabajadores. En el *IV Programa de Acción Social (1994-2000)* se introduce la mejora de la organización de la práctica laboral para influir en las actitudes hacia la seguridad y salud en el trabajo.

La Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo (Directiva 89/391/CEE)⁷⁵¹ relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, recoge los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, la formación de los trabajadores y sus representantes, así como las líneas generales para la aplicación de dichos principios (art. 1.2 DM)⁷⁵². Esta Directiva garantiza unos requisitos mínimos en

⁷⁴⁹ Resolución del Consejo de 29 de junio de 1978 (DO 11 julio 1978)

⁷⁵⁰ Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987 (DO, 3 febrero 1988).

TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “Retrasos e incumplimientos en la legislación de prevención de riesgos laborales; los casos Comisión v. España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 102, pp. 92-126, realizan una aproximación a la evolución de la política y acción normativa comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo. Incorporan un estudio de la Directiva marco, otras directivas específicas, su transposición en España y la doctrina del TJCE en especial, aquellas relevantes para nuestro sistema interno.

⁷⁵¹ DO L 183 DE 29.6.1989, p.1, modificada por Reglamento (CE) nº 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de septiembre de 2003 (L 284 p.1 de 31.10.2003); Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 (L 165 p. 21 de 27.6.2007) y el Reglamento (CE) nº 1137/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 (L 311 p. 1 de 21.11. 2008). Fue adoptada sobre la base del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo 137 TCE). Además existen directivas comunitarias adoptadas en virtud del artículo 114 del TFUE (antiguo 95TCE) que rigen determinados aspectos relacionados con la salud y la seguridad. Sobre esta base jurídica se adoptó una serie de directivas con el llamado “nuevo enfoque”, en virtud de las cuales las organizaciones europeas de normalización - el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CELENEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI)- establecen y actualizan periódicamente normas europeas.

⁷⁵² Las primeras directivas comunitarias en materia de salud y seguridad en el trabajo se adoptaron sobre la base de las disposiciones generales relativas a la armonización del mercado (antiguos artículos 100 y 100 bis del TCE). Esto se hizo así debido a la ausencia en el Tratado de una competencia legislativa explícita en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo hasta

materia de salud y seguridad en toda Europa y, al mismo tiempo, permite a los Estados miembros mantener esos mínimos o establecer medidas más restrictivas. Esta Directiva se ha incorporado a la legislación nacional mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales⁷⁵³.

La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2002 sobre “Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: Una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)”, establece que se debe promover un verdadero bienestar en el trabajo -físico, moral y social-, que no se mida únicamente por la ausencia de accidentes o enfermedades profesionales, definiendo como uno de los objetivos el de prevenir los riesgos sociales: el estrés, el acoso en el trabajo, la depresión, la ansiedad y los riesgos asociados a la dependencia de alcohol, las drogas o los medicamentos.

En 2004, la Comisión Europea emitió la Comunicación⁷⁵⁴ sobre la aplicación práctica de las disposiciones de algunas directivas, al tiempo que, ha elaborado una Guía para ayudar a cumplir su obligación de evaluar los riesgos. En ella describe cómo identificar los riesgos y los trabajadores expuestos, la evaluación y asignación de prioridades a los mismos, la planificación de las medidas preventivas necesarias, su adopción, así como su seguimiento y revisión. También se indican cuáles son las funciones y las responsabilidades tanto de los empresarios como de los trabajadores, incorporándose consejos para las evaluaciones. La información se completa con la legislación, definiciones, el objetivo de la evaluación y las herramientas para poder llevarlas a cabo⁷⁵⁵.

mediados de los años 80. Hasta entonces la salud y la seguridad en el trabajo se consideraba como un anexo a las políticas económica y de armonización del mercado interior de la Comunidad Económica Europea. Sobre esta base se adoptaron, por ejemplo, la Directiva 77/576, sobre la armonización de las legislaciones nacionales relativas a la señalización de seguridad en el centro de trabajo, o la Directiva 78/610 CEE, relativa a la armonización de la protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero.

⁷⁵³ BOE nº 269 de 10 noviembre de 1995.

⁷⁵⁴ Comunicación (COM [2004] 62). Se refería en concreto a la aplicación práctica de la Directiva 89/391 CEE (Directiva marco), la Directiva 89/654 CEE (lugares de trabajo), la Directiva 89/655 CEE (manipulación manual de cargas) y la Directiva 90/270 CEE (equipos que incluyen pantallas de visualización). Esta Comunicación establecía que quedaba demostrada la influencia positiva de la legislación comunitaria sobre las normas nacionales en materia de salud y seguridad en el trabajo.

⁷⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION *Guidance on risk assessment at work. Health and safety. Directorate-general, employment, industrial relations and social affairs, Brussels. Luxembourg*, 1996. En España se ha publicado una guía técnica que proporciona orientación para facilitar al empresario el diseño, la implantación, la aplicación y el seguimiento del plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, en particular, cuando se trate de pequeñas y medianas empresas y, dentro de éstas, de las empresas de menos de seis trabajadores que no desarrollen actividades incluidas en el Anexo I del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Existe una versión simplificada para la planificación de la actividad preventiva dirigida a empresas con menos de 50 trabajadores que no desarrollen actividad del Anexo I. Disponible en:

La OMS, por su parte, reconoce que la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores son de fundamental importancia para los propios trabajadores y sus familias, y también para la productividad, la competitividad y la sostenibilidad de las empresas, y por ende, para las economías de los países y del mundo⁷⁵⁶.

Desde la entrada en vigor de la Ley 31/1995 LPRL, todas las empresas están obligadas a proteger la salud de sus trabajadores⁷⁵⁷. Para asegurar esta protección se debe realizar una evaluación de riesgos de todos y cada uno de los puestos de trabajo de la empresa para prevenir los accidentes y enfermedades profesionales. Las evaluaciones se deben realizar con métodos que apunten al origen de los problemas. También existen requerimientos legales específicos y generales para que los posibles ajustes y adaptaciones sean valorados: el apartado tercero del artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, considera como infracción muy grave del empresario el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales: la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores⁷⁵⁸.

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=36922c70a3776310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=1d19bf04b6a03110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>.

⁷⁵⁶ OMS, Ambientes de trabajo saludables: un modelo para la acción. 2010.

⁷⁵⁷ De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 39/1997, por el que se desarrolla el Reglamento de Servicios de Prevención Se consideran riesgos laborales a todos aquellos aspectos del trabajo que tienen la potencialidad de causar daño. Dentro de la prevención se distinguen cuatro disciplinas 1) Seguridad, en el que se incluirían el conjunto de técnicas y procedimientos que tienen por objeto eliminar o disminuir el riesgo de que se produzcan los accidentes de trabajo; 2) Higiene, conformado métodos orientados al reconocimiento, evaluación y control de los factores de riesgo (físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales) que se generan en el ambiente de trabajo y que causan enfermedad o deterioro del bienestar físico, biológico y psíquico del trabajador; 3) Ergonomía, disciplina que busca que los seres humanos y la tecnología trabajen en completa armonía, diseñando y manteniendo los productos, puestos de trabajo, tareas, equipos, etc., de acuerdo con las características, necesidades y capacidades humanas y 4) Psicosociología, que sería la rama de la psicología que se ocupa de aquellos factores organizativos del trabajo que pueden afectar tanto al bienestar de la salud (física, psíquica y social) del trabajador, como al desarrollo mismo del trabajo.

⁷⁵⁸ Amplia bibliografía al respecto: OIT Prevención inclusiva. Guía con las nueve claves para una prevención inclusiva, Chile, 2013; Sobre trabajadores especialmente sensibles: DÍAZ MOLINER, R., Derecho de Prevención de Riesgos Laborales, tomo II, Madrid, Dijusa, 1998; GARCÍA -PERROTE, I., "Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en CASAS, M^a E., PALOMEQUE, C. Y VALDÉS, F. *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 35-54; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid,

La LPRL se ocupa de evitar la producción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pero también incluye los riesgos que el trabajador sufra con motivo y ocasión del trabajo. Esta postura se encuentra respaldada en base a lo dispuesto en la propia LPRL, que como consecuencia de la transposición a nuestra normativa interna de la Directiva 89/391/CEE introduce un deber de protección del empresario genérico e integrador de todos tipo de riesgos asociados al trabajo (arts. 4.2 y 3 LPRL). El Reglamento de los Servicios de Prevención señala a su vez que entre las condiciones del trabajo que deben ser evaluadas se encuentran “todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador⁷⁵⁹. En esa misma línea la propia LPRL al señalar los principios de la acción preventiva establece la necesidad de “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y métodos de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y reducir los efectos del mismo sobre la salud” (art. 15.1.d LPRL) y de “planificar la prevención , buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15.1.g LPRL).

La obligación genérica de protección del empresario se cumple cuando éste “garantiza la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14.2 LPRL). Para ello el empresario debe integrar la actividad preventiva en la empresa, tanto en su sistema general de gestión, en el conjunto de sus actividades, como en su estructura jerárquica (art. 1 RSP).

Una de las consecuencias más importantes de la integración de la actividad preventiva en la empresa es la obligación de elaborar y aplicar un plan de prevención de riesgos laborales que constituirá el punto de partida de las acciones concretas y efectivas de prevención, que son la evaluación de riesgos y la planificación de la acción preventiva.

En España, el INHST ha elaborado diversas aplicaciones informáticas para la prevención clasificadas en áreas temáticas: higiene, ergonomía y psicología. Dentro de este último grupo ha generado una herramienta para facilitar la gestión preventiva de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad, con el

Trotta, 1996; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J. Y PÉREZ BORREGO, G., *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi, 1996 pp. 405-449, citados en TUDELA CAMBORNERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, Madrid, Colex, 2002, p. 261. MONEREO PÉREZ, J.L, y MOLINA NAVARRETE (Dir.) *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015.

⁷⁵⁹Art. 4.1 a RD 39/1997, de 17 de enero, en relación 4.7 LPRL.

fin de garantizar la salud y seguridad de estos trabajadores. Incluye la identificación de los riesgos laborales relacionados con las afectaciones de los diferentes tipos de discapacidad. Pretende complementar la elaboración de riesgos que prevé el art.16 LPRL y ayudar a las empresas a cumplir el art. 25 LPRL sobre protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, mediante su identificación. Diferencia limitaciones en extremidades superiores, limitaciones en extremidades inferiores, discapacidad visual, auditiva, e intelectual (describe listados de las funciones a partir de las cuales se han elaborado las fichas de identificación de riesgos), y contempla puestos de trabajo de administrativos/recepcionistas, manipuladores, limpiadores/jardineros y camareros/dependientes (y cuadros de limitaciones características relacionados con las posibles causas orgánicas y/o ambientales). Para cada tipo de discapacidad y puesto de trabajo se accede a definiciones, ficha de identificación de riesgos y plan de actuación⁷⁶⁰.

La seguridad en el trabajo es un problema social y económico grave que muestra aún grandes deficiencias que requieren nuevas políticas públicas. Existe abundante bibliografía al respecto y en nuestro trabajo solo interesa en cuanto a qué herramientas prácticas se dirigen a trabajadores con discapacidad⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Versión 2014 en catálogo Disponible en línea

[<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=41827ab2e3d03210VgnVCM1000000705350aRC.>]. Otras herramientas son las siguientes: Higiene: RISKOFDERM, para la evaluación del riesgo por exposición dérmica laboral a sustancias químicas, RISKQUIM productos químicos: identificación y clasificación de peligrosidad; EVALFRÍO, evaluación de riesgos por exposición al frío; EVALRUIDO, evaluación de la exposición laboral al ruido. Ergonomía: PVCHECK Evaluación de puestos con pantalla de visualización; EVALUZ, para la evaluación y acondicionamiento de la iluminación en puestos de trabajo; EVALCARGAS, para la evaluación de riesgos por manipulación manual de cargas. Psicosociología: Prevención y discapacidad y un modelo operativo para la gestión de la violencia ocupacional de origen externo.

⁷⁶¹ Pueden consultarse MERCADER UGUINA, J.R., "Ley de prevención de riesgos, veinte años después", *Revista de Información Laboral* núm. 8/2015; MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.) GARCÍA VALVERDE (Coord.) "Tratado de Salud Laboral I y II", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5, 2012. CASAS BAAMONDE, M^a E., "Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador, en CASAS BAAMONDE, M.W., PALOMEQUE, M.C., Y VALDÉS-RÉ, F., (Coords.) *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997.; CORREA CARRASCO, M. Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial, Madrid, Fundación Alternativas, 2007.; DURÁN LÓPEZ, F (Dir.) Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España.; DURÁN, F., TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., Informe sobre la ; FERNÁNDEZ MARCOS,"La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público, Madrid, MTSS, 1975.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JJ, *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamento*, . Madrid, CES, 1997; ; GUTIÉRREZ-SOLAR, B. El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica, Madrid, CES, 1999; TUDELA CAMBRONERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. Ley de Prevención de Riesgos y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina; VALDEOLIVAS GARCÍA , Y., y MORÓN.... R., "La seguridad en el trabajo: de la Ley de Accidentes de trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa/UNED, 2000.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo", en AAVV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, CGPJ, 2005.

11.3 Métodos de adaptación de puestos de trabajo

Una vez identificados los problemas y riesgos a los que se enfrenta el trabajador en su puesto se deben ordenar otorgando prioridad a las funciones esenciales. Tras descartar aquellos problemas residuales y agrupar los problemas similares se toma una decisión sobre la conveniencia o no de adaptar el puesto. Podría llegarse a la conclusión de identificar problemas de tal magnitud que fuera necesario buscar otro puesto más adecuado a las capacidades de la persona. En el caso de ser adaptable, se deberían buscar diferentes alternativas para cada uno de los problemas identificados teniendo en cuenta la opinión del trabajador y considerando en la decisión a todos los implicados. Tras evaluar la viabilidad de las soluciones se procederá a la adaptación del puesto. Será necesario planificar una revisión periódica para valorar la eficiencia y efectividad de las medidas implementadas, detectando posibles efectos no previstos, y proponiendo modificaciones o cambios si fuese necesario⁷⁶².

En general, los diferentes métodos de adaptación e inserción laboral tratan de determinar cuál es la relación exigencia del puesto-capacidad de la persona. Muchos incluyen información adicional sobre la discapacidad del trabajador, los productos de apoyo que utiliza, la prevención de riesgos laborales, etc. Existen numerosas herramientas generadas por diferentes instituciones entre ellas se encuentran: el Método de perfiles de “Lantegui Batuak” generado por esa organización; el Proyecto ADAPREC desarrollado en colaboración con el Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT)⁷⁶³; El Método de perfiles de adecuación de la tarea a la persona o el método “ErgoDis. Ergo Ofi”⁷⁶⁴ del Instituto Biomecánico de Valencia. Esta herramienta fue desarrollada dentro del proyecto ERGO-WORK (1998-1999), financiado por el Fondo Social Europeo, en el marco de la iniciativa Comunitaria HORIZON II, y contó con la colaboración del IMSERSO y la Universidad Politécnica de Valencia. Su objetivo fue desarrollar un sistema de evaluación, análisis y adaptación de puestos

⁷⁶² VIROLÉS PIÑOL, R., *Controversias, Medicina y Seguridad del trabajo* (Internet), 2014, nº1, p. 205-213. Disponible en línea
[<http://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v60s1/ponencia27.pdf>]

⁷⁶³ Tiene dos objetivos principales: el desarrollo de una base de datos, con recomendaciones relativas a adaptaciones del puesto de trabajo, y el análisis de los diversos puestos de trabajo representativos del mundo industrial, con el fin de implementar las adaptaciones pertinentes.

⁷⁶⁴ Método de análisis y evaluación ergonómica, de las condiciones de trabajo que combina el ajuste persona puesto y la prevención de riesgos laborales. A los efectos de analizar dicho ajuste se tiene en cuenta la opinión del trabajador. Sirven para diseñar puestos de trabajo, seleccionar el empleo adecuado a las características de la persona y evaluar la vuelta al empleo anterior. El programa incluye bases de datos con recomendaciones sobre soluciones de adaptación.

de trabajo aplicable a personas con discapacidad. Se basa en la filosofía del análisis ajuste tarea-trabajador, detectando las diferencias entre las capacidades funcionales del trabajador y las exigencias necesarias para la ejecución de las tareas. La versión que se desarrolló fue aplicada fundamentalmente a trabajadores con discapacidad física. Se caracteriza porque permite analizar las características del trabajador y las exigencias de la tarea mediante criterios objetivos, con niveles de valoración homogéneos para ambos aspectos, lo que facilita la comparación de datos e interpretación de resultados. Incorpora la evaluación de los riesgos derivados de la actividad, para evitar el empeoramiento de las limitaciones ya existentes o la aparición de otras nuevas (como consecuencia, por ejemplo de la adopción de posturas de compensación). Incluye la opinión del trabajador al analizar la situación y buscar soluciones a los problemas detectados. Permite aplicar el método en diferentes contextos ya sea la adaptación, la selección de un nuevo puesto o la orientación en la búsqueda de un puesto óptimo. Cuenta con un soporte informático con el fin de incorporar los datos a una base que aporta recomendaciones sobre soluciones de adaptación.

El análisis del trabajo se basa en observar la actividad laboral, realizar entrevistas oportunas en el puesto y registrar diferentes aspectos relacionados con la descripción de las tareas y su desglose en las diferentes funciones, incluyendo las demandadas de tipo físico, psíquico y sensorial. Cada demanda es clasificada en tres categorías (no necesaria, intermedia, indispensable). También se registran otros aspectos relativos al entorno físico y organizativo, y se procede a una evaluación de riesgos asociados al trabajo.

El análisis del trabajador pretende determinar sus características, especialmente aquellas que pueden condicionar la ejecución eficaz y segura de la tarea. Para ello se realiza una evaluación funcional, siguiendo un esquema paralelo al seguido al describir las exigencias de la tarea. También se realiza una evaluación de la tolerancia al entorno y se cumplimenta un cuestionario sobre la opinión del propio trabajador acerca de la penosidad de la tarea, facilidad para ejecutarla y mejoras sugeridas.

La información recopilada es analizada mediante el programa para obtener información relativa a desajustes de la capacidad del trabajador y las exigencias del puesto, riesgos por carga física y condiciones ambientales, necesidad de pruebas adicionales para completar datos o aclarar dudas y necesidades de adaptación del puesto o la tarea.

El programa incluye un módulo para realizar búsqueda de recomendaciones asociadas a varios criterios, en función de las necesidades del usuario entre las que se encuentran medidas ambientales, de accesibilidad, mobiliario, ayudas para la locomoción, manipulación de objetos, ayudas para la comunicación, soluciones

relacionadas con el ordenador y sus accesorios, medidas de seguridad, para favorecer posturas, movimientos y empleo de fuerza por el sujeto de manera correcta o soluciones organizativas⁷⁶⁵.

Su versión del año 2012 incorpora un módulo de diseño antropométrico, donde el usuario obtiene recomendaciones de diseño del puesto de trabajo, tanto de carácter general como adaptadas a las medidas antropométricas del trabajador que ocupa dicho puesto. Tiene un asistente que facilita la elección de los módulos más adecuados para evaluar el riesgo de las tareas, según las condiciones del análisis que se desea realizar. Se puede elegir entre evaluación de las características del puesto o del diseño. De acuerdo con la descripción hecha del puesto y sus tareas la aplicación identifica las dimensiones fundamentales que deben tenerse en cuenta en el diseño entre las siguientes: altura de trabajo, requisitos de espacio para las piernas y los pies, área de alcance recomendada para los brazos, requisitos de espacio para el acceso del asiento, campo de visión.

El valor de cada dimensión se calcula según la norma UNE-EN ISO 14738 Seguridad de las máquinas. Requisitos antropométricos para el diseño de puestos de trabajo asociados a las máquinas. Esta norma establece los principios para, a partir de las medidas antropométricas, obtener dimensiones y aplicarlas al diseño de puestos de trabajo asociados a máquinas no móviles. Además, la aplicación permite incluir información personalizada de un trabajador. Finalmente presenta un informe con la descripción de las diferentes dimensiones asociadas al puesto de trabajo, y por cada una de ellas una tabla con los valores dimensionales recomendados por la norma y, si se han incluido datos del trabajador, para un ajuste personalizado⁷⁶⁶.

Otras herramientas en cuyo desarrollo ha participado el IBV son: Adaptación del puesto de trabajo y ajustes razonables “ADAPTyAR” que pretende asesorar a profesionales y usuarios en el proceso de inserción laboral y adaptación de puestos de trabajo de las personas con discapacidad mediante el uso de ajustes razonables. Incluye casos prácticos de puestos administrativos, recepción, informático, gestión, subalternos, limpieza, investigación, docencia; Tutor-DIS que es una aplicación móvil para la adaptación al puesto de trabajo de personas con discapacidad intelectual⁷⁶⁷; JOBPICS, herramienta específica para la orientación

⁷⁶⁵ ALVARO PAGE Método de evaluación y adaptación de puestos de trabajo a personas con limitaciones funcionales: ErgoDis-IBV
Disponible en línea [<http://www.istas.ccoo.es/descargas/bajar/Iforo8.pdf>].

⁷⁶⁶ VVAA Ergo /IBV 12 “La antropometría en el diseño del puesto de trabajo”, *Revista de Biomecánica* 60. *Publicación digital al cuidado de la calidad de vida*, julio 2013, p. 52. Disponible en línea: [http://laboral.ibv.org/es/component/ibvnews/show_product/65/442].

⁷⁶⁷ Se trata de una herramienta informática para dispositivos móviles que trata de contribuir a favorecer el aprendizaje, la gestión del tiempo, la comunicación y la autonomía de las personas con

profesional de personas con discapacidad intelectual ⁷⁶⁸ que se utiliza para el asesoramiento vocacional basado en imágenes.⁷⁶⁹ La versión española ha sido realizada por el IBV a través de Jobpics-Europe, un proyecto financiado por el programa Leonardo da Vinci de la Comisión Europea, presentado por la agencia nacional SIU (Centro Noruego para la Cooperación Internacional en Educación Superior).

discapacidad en el ámbito laboral, es un software realizado en el marco de un proyecto entre el IBV y FEAPS para el empleo (AFEM) financiado por el Plan Avanza2, del Ministerio de Industria Energía y Turismo. Es una aplicación informática para teléfonos móviles y tabletas con sistema operativo Android, cuyo objetivo es la adaptación al puesto de trabajo de personas con discapacidad intelectual. Para ello incluye las siguientes prestaciones: a) Instrucciones de trabajo o tutoriales “paso a paso”. Para aquellas tareas que el trabajador deba aprender o tenga dificultades. b) Cuestionarios para reforzar la formación. Por ejemplo, para aprender a identificar las partes de una máquina, las herramientas de trabajo, los lugares, la forma correcta de hacer las tareas, etc. c) Listas de comprobación. Para que el trabajador revise y marque las actividades que tiene que realizar. Por ejemplo, comprobar que ha cogido todo el material, que lleva todos los EPI, que ha realizado los pasos de una tarea, etc. d) Alarmas y citas. Que le indiquen al trabajador cuándo tiene que hacer algo. Por ejemplo, la hora del almuerzo, el inicio o el fin de una tarea, un recordatorio, etc. e) Lista de contactos. Que permitan, mediante una interfaz adaptada, enviar mensaje (SMS) o recibir llamadas. f) Mensajes adaptados. Para enviar SMS ya elaborados. g) Seguimiento de la actividad que realiza un trabajador. Mediante esta prestación, el responsable del trabajador puede extraer datos y estadísticas sobre la actividad que realiza el trabajadores con el teléfono (cuando empieza o acaba una tarea, cuánto tiempo pasa entre que marca la realización de una tarea y otra, aciertos y errores en los cuestionarios, etc.). Su objetivo es valorar el grado de aprendizaje y/o mejora que supone la herramienta en el desempeño del trabajador. h) Localización espacial. El responsable puede configurar las tareas para que, de forma directa o diferida, usen el GPS o la conexión a internet del teléfono para enviar la localización espacial del trabajador. Para el desarrollo de la aplicación se ha contado con la implicación de los potenciales usuarios desde la fase de diseño hasta la evaluación del prototipo. VVAA. Tutor-Dis: Software para mejorar la adaptación de trabajadores con discapacidad intelectual. Revista de Biomecánica. Publicación digital al cuidado de la calidad de vida. Número 60 julio 2013.

⁷⁶⁸ Es una herramienta desarrollada originariamente por la Association of Vocational. La versión española ha sido realizada por el IBV a través de Jobpics-Europe, un proyecto financiado por el programa Leonardo da Vinci de la Comisión Europea, presentado por la agencia nacional SIU (Centro Noruego para la Cooperación Internacional en Educación Superior). Rehabilitation Enterprises (AVRE) de Noruega, por el psicólogo de trabajo ARNE SVENDSTRUD. El objeto de este proyecto ha sido realizar versiones en diferentes idiomas y adaptarlo a las realidades nacionales. Está basado en la teoría RIASEC, elaborada por John Holland, la cual permite caracterizar las profesiones según categorías de intereses (realista, investigador, artista, social, emprendedor, y convencional. Las personas también pueden ser clasificadas en 6 tipos de personalidad vocacional, basados en sus patrones de intereses, personalidad, habilidades, valores y motivación. La Orientación Vocacional bajo esta perspectiva trata de realizar el ajuste entre persona y vocación. El objetivo es que los individuos realicen elecciones vocacionales congruentes con su perfil. La herramienta se compone de 183 fichas con imágenes de profesiones. Cada ficha contiene, en la parte delantera, una imagen principal de la vocación, un código que clasifica esa vocación según el sistema RIASEC y el nivel de formación requerido. En la parte trasera de la ficha hay dos fotografías adicionales y vocaciones relacionadas que pueden servir para ampliar el asesoramiento. Las fichas de profesiones se acompañan de otras fichas de proceso que permiten establecer diferentes formas de clasificación. Puede resultar apropiado para personas con problemas en el lenguaje escrito (por ejemplo, con dificultades en la lectura y/o la escritura, cuenten con conocimientos limitados del idioma o tengan trastornos por déficit de atención)

⁷⁶⁹ VVAA, “Orientación profesional a personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Biomecánica* nº 59, pp.39-41, 2013.

Existe un proyecto de optimización ergonómica de los lugares de trabajo y de la propia organización del trabajo, cuyo fin último es lograr la adaptación de los puestos de trabajo y la eliminación de barreras arquitectónicas y a la comunicación de los centros de Lantegui a las personas que presentan alguna discapacidad. Se denomina ERGOHOBE y actualmente se encuentran desarrollando una ampliación.

Es destacable la aportación realizada por el método APTRA: Adaptación de puestos de trabajo, recomendaciones y ayudas técnicas de Vía Libre, Fundosa Accesibilidad. Es una herramienta informática interactiva desarrollada con criterios de accesibilidad en entorno web y creada para informar de las recomendaciones y ayudas técnicas, que en caso de ser necesario, contribuyen en la incorporación al puesto de trabajo de personas con deficiencias al facilitar la adecuación entre los requerimientos de los puestos de trabajo y las capacidades de quienes los desempeñan. Fue un proyecto de la Fundación ONCE para la cooperación e integración social de personas con discapacidad en colaboración, en diferentes momentos del mismo, con el Fondo Social Europeo (vía el Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación- y con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Sus objetivos fueron analizar diversos entornos empresariales y variados puestos de trabajos ocupados por personas con discapacidad con la finalidad de mejorar la calidad de los puestos e incrementar la productividad en las empresas; compilar experiencias positivas y soluciones para ponerlas a disposición de agentes sociales y elaborar una herramienta informática que se convirtiera en apoyo para la integración de las personas con discapacidad en las empresas al aportar información y recomendaciones sobre la adecuación puesto-trabajador ante posibles desajustes. Para ello se analizaron cien puestos de trabajo, noventa del Grupo Fundosa y diez a través de FEAPS Madrid y FEAFES. En cada análisis se realizó una evaluación funcional que tenía en cuenta los requerimientos de las tareas asociadas a las funciones de cada puesto y las capacidades de los trabajadores y se señalaron los desajustes existentes recogiendo información de las adecuaciones que se hubieran utilizado o aportando recomendaciones. Estas recomendaciones iban desde la incorporación de ayudas técnicas, incluyendo mobiliario, hasta modificaciones de entorno o de la organización del trabajo. También se incorporaron recomendaciones generales relacionadas con la salud laboral y/o la prevención de riesgos. También se elaboró una lista de los puestos más demandados por las empresas en los últimos años, basándose en el estudio de más de diez mil ofertas y en las clasificaciones nacional e internacional de ocupaciones⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ Se trata de una guía de recomendaciones técnicas que recoge las condiciones que deben tenerse en cuenta en los entornos de trabajo
[http://aptra.portalento.es/aptra/Manuales/GUIA_DE_APLICACION_TECNICA_DE_ACCESIBILIDAD_A_LOS_CdT.pdf].

Por último, es destacable uno de los métodos más veteranos de inserción laboral de personas con discapacidad, el denominado Método Estrella⁷⁷¹. Es un método de valoración, orientación e inserción laboral de personas con discapacidad desarrollado por el IMSERSO y la Consejería Técnica de Baremos en colaboración con la Comunidad de Madrid, a través de la Dirección General de Servicios Sociales y la Confederación Coordinadora Estatal de personas con discapacidad física de España en 2006. Fue diseñada en el marco de la Iniciativa Comunitaria Horizon de 1992 a 1995, dentro del Proyecto Conjunto del INEM (actual SEPE) y el IMSERSO con el objetivo de facilitar y promover la inserción laboral de personas con discapacidad. Su objetivo fue elaborar un sistema de información que integrase todos los procesos que acompañan a las personas en su trayectoria profesional con una aplicación informática de fácil manejo, que permitiera agilizar las actuaciones de los profesionales de la orientación a personas con discapacidad. En su origen, partía del concepto de discapacidad dado por la CIDD de 1980, pero la aprobación en 2001 de la CIF y el nuevo concepto de intermediación laboral contenido en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, hizo necesario revisar el método para adecuarlo a las nuevas necesidades. Esencialmente, el Método Estrella es una aplicación informática que vincula la valoración de las capacidades de la persona, con las exigencias del puesto de trabajo más cercano a su perfil, para realizar una adecuada orientación de la formación u orientación profesional. En este método, la valoración se inicia una vez reconocido legalmente al trabajador con discapacidad, un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Se centra en valorar las capacidades, destrezas y aptitudes de la persona y analizar el puesto de trabajo para recoger de forma sintética, estructurada y clara de los cometidos, actividades y exigencias requeridas para su desarrollo⁷⁷². Sus aplicaciones estaban orientadas a la selección de personal, diseño de puestos de trabajo, evaluación de desempeño, adecuación persona/puesto e identificación de riesgos laborales tanto para organismos públicos como privados⁷⁷³.

⁷⁷¹ Disponible en línea:

[http://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/marco_teorico.pdf]. Esencialmente este es el método seguido en la Instrucción 5/2009, de 16 de diciembre de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establece el procedimiento para la gestión de los informes relativos a la adecuación y adaptación de puestos de trabajo de personas con discapacidad. Actualmente se utilizan la herramienta Gestionándote, disponible en línea [<https://gestionandote.com/>]. Muy interesante la información en línea proporcionada por [<http://www.incorpora.org/home>].

⁷⁷² El Plan de Acción para el Empleo en el Reino de España 2004-2007, en la directriz 7 sobre la Integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo, determina, en referencia a las personas con discapacidad que “se prestará una atención especial a potenciar la coordinación de los Servicios Públicos de Empleo y los Órganos Técnicos de Valoración de la Discapacidad, a niveles central y autonómico, mediante la elaboración de Protocolos y programas específicos destinados a fomentar el empleo de personas con discapacidad, diseñando itinerarios de intermediación laboral ajustados al perfil profesional y necesidades específicas de estos desempleados (Desarrollo de la Metodología de integración laboral Método Estrella-Imsero).

En Andalucía se ha dictado una Instrucción para regular el procedimiento de gestión de los informes relativos a la adecuación y adaptación de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Son informes que deben ser solicitados al Servicio Andaluz de Empleo por cualquier entidad que pretenda contratar a una persona con discapacidad y acceder a las ayudas de fomento de empleo y que puedan sugerir la realización de las adaptaciones que se considera necesario efectuar en cada caso concreto para que la persona con discapacidad pueda desempeñar el trabajo de que se trate. Es una regulación clara y, por ello, muy positiva⁷⁷⁴.

12 Ajustes razonables como garantía de empleo en trabajadores con discapacidad sobrevenida

La configuración de la recolocación como un ajuste razonable supondría un importante freno a las posibilidades extintivas que ofrece el ordenamiento jurídico como vimos en apartados anteriores⁷⁷⁵. Corresponde ahora tratar en profundidad en qué consiste, a nivel práctico, esta medida.

12.1 Concepto de ajustes razonables

El principal problema que afecta a las personas con discapacidad es la elevada tasa de inactividad. Estas personas se encuentran en la mayoría de los casos percibiendo pensiones que llegan a constituir un sistema de inserción

⁷⁷³ IMBA: Integration von Menschen mit Behinderungen in die Arbeitswelt (Munda/PQR/MIRO); ESAP: Évaluation Systémique des Aptitudes Professionnelles (Association GRAVIR); AMAS: Activity Matching Ability System (Institute for Consumer Ergonomics); APOLO: Outil de diagnostic de l'employabilité des personnes handicapées (FUNDP/IRFA Sud); FOMENT: Evaluación de riesgos para personas con discapacidad física (Foment del Treball). FOMENT: Guía para la gestión preventiva de puestos ocupados por personas con discapacidad sensorial (Foment del Treball); JobFit: Fitting workers to Jobs and Jobs to workers (JobFit Systems International Ltd.; GULHEMP (National Council on the Aging, Inc., New York).; ADA-KORNBLAU: Metodología para la evaluación de las capacidades funcionales y análisis del trabajo (ADA Consultants Inc.); EAM: Ertomis Assesment Method (ERTOMIS Stitung, MEDAL- Método ergonómico de Asignación Laboral (Asepeyo). HAZILAN [<http://www.enlabe.org/hazilan/>] Método GUREAK: [<http://www.grupogureak.com>], MAECES: Ergonomes associés du Québec. OB BROWSER PRO [http://www.skilltran.com/jb_overview.html] MVQS McCroskey Vocational Quotient System: [<http://www.vocationology.com.OASYS>] JOB MATH: [<http://www.vertekinc.com/VERTEKWEB/NewFiles/oasysjm.html>].

⁷⁷⁴ Instrucción 5/2009, de 16 de diciembre, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establece el procedimiento para la gestión de los informes relativos a la adecuación y adaptación de puestos de trabajo de personas con discapacidad. Disponible en línea: <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/1/d44.pdf>

⁷⁷⁵ Vid. *ut supra* apartado 2.3.4

socioeconómica⁷⁷⁶. Incrementar los niveles de empleo sería beneficioso para el propio sistema ya que se pagarían menos pensiones a la vez que estas personas contribuirían al sostenimiento del sistema. Una de las vías que mayor virtualidad presenta es la realización de “ajustes” en el puesto de trabajo ya que permite fundamentar el derecho de los trabajadores con discapacidad sobrevenida a ser recolocados en un puesto de trabajo compatible con su estado dentro de la misma empresa⁷⁷⁷.

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de personas que se encuentran en ciertas situaciones (como por ejemplo una situación de discapacidad consecuencia de daño sobrevenido). Se adoptan cuando falla el diseño para todos y tiene en cuenta las necesidades específicas de una persona⁷⁷⁸.

Este concepto ya se encontraba recogido por organismos internacionales. La Recomendación sobre la readaptación y empleo (personas inválidas) núm. 168, 1983 de la OIT⁷⁷⁹ enumera una serie de medidas entre las que se deberían incluir medidas apropiadas para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar dentro de límites razonables los lugares de trabajo, la estructuración de

⁷⁷⁶ La Estrategia Europea de empleo en su directriz 19 sobre las directrices integradas para el periodo 2008-2010 puso de manifiesto que debían revisarse los incentivos y medidas disuasorias derivados de los regímenes de prestaciones, para hacer que el trabajo fuera más atractivo y evitar caer en la “trampa de las prestaciones”. Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2008 (DO L 198 de 26 de julio de 2008).

⁷⁷⁷ La Comisión Europea afirma que los empresarios deberían apoyar a sus trabajadores a través de medidas tales como un periodo de baja combinado con formación, cambio en la asignación del puesto de trabajo o competencias alternativas que deberían ser consideradas antes de declarar a una persona inválida. EUROPEAN COMMISSION, Disability mainstreaming in the European Employment Strategy, Brussels, European Commission (Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG), 2005, disponible en [http://www.socialdialogue.net/docs/si_key/Disability_Mainstreaming_Employment_emco010705_en.pdf], p.6.

⁷⁷⁸ DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III- Dykinson, 2013, p. 4. Considera que el contenido de la accesibilidad universal se ve limitado por tres tipos de circunstancias que pueden ser denominadas como los límites de lo necesario (bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad y que tienen que estar relacionados con la accesibilidad, de lo posible (se refieren a la situación del conocimiento científico y a la diversidad humana cuyas limitaciones hacen imposible satisfacer completamente la accesibilidad) y de lo razonable (se refieren al valor y peso de los esfuerzos destinados a hacer real la accesibilidad).

⁷⁷⁹ Recomendación nº 168 apartados 11. a), g) y k) Disponible en línea [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_106328.pdf].

tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo. También hace referencia a la eliminación gradual, en caso necesario por etapas, de las barreras y obstáculos de orden físico o arquitectónico, o relativos a la comunicación que afectan al transporte, al acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas inválidas; en los nuevos edificios e instalaciones públicas y en otro apartado hace referencia al establecimiento de empleos a tiempo parcial, incluidas otras disposiciones de trabajo, de acuerdo con la capacidad de cada persona inválida que no pueda por el momento, o tal vez nunca, ocupar un empleo a tiempo completo (apartado 11 letras c), g) y k)).

La ONU, en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 1993, en su artículo 7 sobre empleo, apartado 2 describe que ...Los Estados ha de estimular a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad⁷⁸⁰.

En este contexto, el Derecho de la Unión Europea introduce el concepto de ajustes razonables como forma de completar las garantías discriminatorias mediante la Directiva 2000/78/CE que declara la necesidad de establecer medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre⁷⁸¹. En su artículo 5 sobre ajustes razonables para personas con discapacidad recoge: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas discapacitadas, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

El paradigma en el que surge el concepto de ajustes razonables es el de la Clasificación Internacional del Funcionamiento y de la Salud de la OMS (CIF 2001) cuyo enfoque parte de las capacidades de la persona. La discapacidad es entendida como una relación de desventaja debida a las limitaciones y restricciones del entorno. Esa desventaja guarda relación con funciones y estructuras corporales así

⁷⁸⁰ ONU, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad Resolución aprobada por la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993, [<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissres4.htm#Art%EDculo%207>].

⁷⁸¹ Vigésimo considerando Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

como con factores ambientales y personales que puedan suponer ayudas o barreras.

La Convención de la ONU no se circunscribe exclusivamente al ámbito del empleo sino a todos los ámbitos de la vida social⁷⁸² y reconoce que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás⁷⁸³. Este tratado internacional establece como instrumentos para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, entre otros, la accesibilidad universal, el diseño universal y los ajustes razonables, y dispone como obligaciones de los Estados parte la adopción de medidas pertinentes para permitir el ejercicio y el goce de los derechos de las personas con discapacidad. Según el artículo 2, párrafo cuarto⁷⁸⁴ «por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Este artículo, reconoce otra dimensión relevante de los ajustes razonables, a saber, que la denegación de realizar ajustes razonables constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad, dimensión que refuerza considerablemente esta institución⁷⁸⁵.

También establece como límite de los ajustes razonables la carga desproporcionada o indebida pero no aporta criterios para determinar cuando se produce esta situación. Serán los Estados parte los que concreten en su derecho interno esos criterios.

Más adelante, la Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad convierte los preceptos del tratado internacional directamente aplicables a las instituciones de la Unión Europea⁷⁸⁶.

⁷⁸² CORDERO GORDILLO, V. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, colección laboral 194, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 137, también expone cómo se ha realizado la implementación de los ajustes en otros ordenamientos comparando la normativa en Reino Unido (DDA), EEUU (ADA) o Canadá (Canadian Human Rights Act).

⁷⁸³ Preámbulo, letra e) de la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006.

⁷⁸⁴ Aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión d2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L23,p.35).

⁷⁸⁵ PÉREZ BUENO, C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables” en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Colección CERMI nº55, 2012. Disponible en línea [<http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/285/10%20años%20de%20legislacion.pdf>].

España ha ratificado tanto la Convención como su Protocolo Facultativo lo que hace directamente aplicable en nuestro ordenamiento todo este bloque normativo relativo a los ajustes razonables.

Esta noción de ajustes razonables contiene los siguientes elementos⁷⁸⁷:

- Conducta positiva de actuación de transformación del entorno (elemento fáctico de cambio);
- Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (elemento de individualización y satisfacción de las particularidades);
- Que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (elemento de subsidiariedad);
- Estas adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada (elemento del carácter razonable) para el sujeto obligado,
- Su finalidad, en todo caso, es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad).

Se declaran imperativos para los empresarios, siempre que sean necesarios para garantizar el principio de igualdad de trato, pero con el límite de que no resulten una carga excesiva⁷⁸⁸. Para ponderar si una carga es excesiva o no, se enuncia un criterio: las medidas existentes en la política del Estado sobre discapacidades. Este será el nivel de exigencia mínimo que todo Estado podrá ampliar en su transposición.

⁷⁸⁶ La Unión ha reforzado la aplicación de la Convención en sus instituciones con la aprobación de un Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención, [DO nº C 340 de 15/12/2010].

⁷⁸⁷ PÉREZ BUENO, C., "La configuración jurídica de los ajustes...", op. cit. Disponible en línea [<http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/285/10%20años%20de%20legislacion.pdf>] p.8.

⁷⁸⁸ CORDERO GORDILLO, V. Igualdad y no discriminación... ob. cit. p. 145, recoge diversas posturas sobre los sujetos obligados a proporcionar los ajustes.

Esta Directiva fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y prohíbe la discriminación en el empleo por razón de discapacidad, promueve medidas de acción positiva de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo, selección, contratación, promoción, formación profesional para el empleo, y en las condiciones de trabajo en todos los ámbitos, incluida la Administración Pública. En relación con los ajustes razonables para personas con discapacidad, modificó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) que regulaba la inclusión laboral de las personas con discapacidad⁷⁸⁹, texto que ha sido derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 y refundido junto con otras normas, como se abordó en apartados anteriores.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 3 de diciembre, sobre los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social desarrolla los principios de igualdad, normalización, accesibilidad universal, diseño para todas las personas o la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad y establece como uno de los mecanismos de inclusión el ajuste razonable del puesto de trabajo⁷⁹⁰. En su artículo 2 define ajuste razonable como: las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

Esta definición especifica qué tipo de medidas se deben aplicar y cuál debe ser su carácter. Abarcan tanto el ambiente físico, como social y actitudinal, y deben ser eficaces y prácticas para su objetivo. El art. 63 añade que incumplir, entre otras, las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables supone la vulneración

⁷⁸⁹ El artículo 37 bis de nueva creación, regula los ajustes razonables para personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación: «1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad. 2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas implique y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

⁷⁹⁰ El criterio abierto que establece la normativa, de lo que pueda ser un ajuste razonable, hace deseable que se pongan en marcha mecanismos legislativos que acoten los límites dentro de los cuales se pueda exigir la adaptación de un puesto por parte del trabajador y sus representantes y su cumplimiento por parte del empleador.

del derecho a la igualdad de oportunidades. El art. 64 reconoce el carácter supletorio de las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades respecto a lo previsto en la legislación laboral.

A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

Las discrepancias entre el solicitante del ajuste y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el art. 74⁷⁹¹, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda (art. 66).

12.2 El carácter “razonable” de los ajustes

El concepto “ajuste” como tal no plantea dudas, indica la necesidad de adaptar de modo que permita un correcto funcionamiento. El problema lo encontramos con el término “razonable” que no admite una determinación precisa⁷⁹². La Directiva 2000/78/CE no contiene una referencia detallada a las posibles medidas de ajuste y el legislador español tampoco las ha enumerado. La normativa más cercana a la realización de ajustes razonables se encuentra en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que recoge el principio de adaptación del trabajo a la persona y la consiguiente obligación del empresario de adaptar el trabajo a las especiales características del trabajador. Pero se trata de un enfoque preventivo y su fin no es

⁷⁹¹ Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. Este sistema será voluntario y deberá constar expresamente por escrito Art. 74 RD 1(2013).

⁷⁹² Sobre la interpretación e implementación de los ajustes razonables en diversos Estados: WADDINTONG, L., *Implementing and interpreting the reasonable accommodation provision of the framework employment directive: Learning from experience and achieving best practice*, 2004. EU Network of experts on disability discrimination. Disponible en: <http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-ath/gdem/04/reasonaccom.pdf>

facilitar la participación y permanencia en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad sino garantizar la seguridad y la salud de quienes trabajan⁷⁹³.

En países como Estados Unidos⁷⁹⁴, el concepto de ajustes razonables está ampliamente desarrollado a través de la American with Disabilities Act (ADA)⁷⁹⁵. Esta Ley considera que una adaptación funcional razonable es cualquier cambio o ajuste en un trabajo, el entorno laboral o la forma en que se hacen habitualmente las cosas que permitiría solicitar un empleo. Algunas de las adaptaciones razonables más comunes son:

- Cambios físicos, tales como la instalación de una rampa o la modificación del espacio de trabajo o de los servicios.
- Intérpretes del lenguaje de señas para personas sordas o lectores para personas ciegas;
- Proporcionar un espacio más tranquilo u otros cambios para reducir las distracciones por ruido para alguien con discapacidad mental.
- Capacitación y materiales escritos en formatos accesibles, tales como Braille.
- Productos que permitan a personas con limitación auditiva usar el teléfono y hardware o software que faciliten el acceso a ordenadores para personas con discapacidad visual o limitación en el movimiento de las manos;

⁷⁹³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. La obligación de realizar ajustes razonables en el trabajo, *Temas Laborales*, núm. 1 27, 2014, p. 108.

⁷⁹⁴ Originariamente el concepto se vinculaba a la discriminación por motivos de religión. Surge por primera vez en la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 en Estados Unidos al exigir al empresario adaptación de jornada de trabajo y horarios vinculado a la libertad religiosa de los trabajadores. WADDINTONG, L HENDRIKS, A., "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol.18, Iss. 3, 2002, p.413. En 1973 se introdujo en el ámbito de la discapacidad mediante los reglamentos que desarrollaban la *Rehabilitation Act de 1973* y después en el texto de la American with Disabilities Act (ADA). KARLAN, P; RUTHERGLEN, G. "Disabilities, discrimination and reasonable accommodation", *Duke Law Journal*, Vol 46, nº 1, 1996, p. 6.

⁷⁹⁵ Una persona con discapacidad es aquella que presenta una deficiencia física o mental que limita sustancialmente una o más actividades importantes de la vida diaria, tiene un historial de esa discapacidad. <http://www.ada.gov/cguide.htm>. July, 2009 Se puede obtener información sobre cómo determinar si una persona tiene o no una discapacidad bajo el ADA. Disponible en [<http://AskIAN.org/comer/vol05iss04.htm>]. Interesante análisis podemos encontrar en WADDINGTON, L. *Implementing and interpreting the reasonable accommodation provision of the framework employment directive: Learning from experience and achieving best practice*, 2004, disponible en línea

[<http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edzath/gdem/04/reasonaccom.pdf>].

- Permisos para quienes necesiten tratamientos por discapacidad.

La Ley (ADA) permite solicitar una adaptación funcional razonable en el proceso de solicitud de empleo o en cualquier momento antes o después de comenzar a trabajar. Se aportan ejemplos de los motivos por los que se puede plantear una solicitud de adaptación funcional razonable como serían la necesidad de cambiar el escritorio porque las dimensiones no son adecuadas a una silla de ruedas, o la solicitud de un médico indicando que puede trabajar con ciertas restricciones.

Una vez solicitada la adaptación, el empleador debe discutir con el solicitante las opciones disponibles. En determinados casos será necesario aportar documentación que demuestre y explique los motivos por los que se necesita la adaptación⁷⁹⁶. En caso de incumplimiento la persona interesada podrá acudir a la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo⁷⁹⁷.

Teniendo en cuenta los principios que la Ley (ADA) establece se ha desarrollado un proceso de toma de decisiones en el proceso de integración laboral basado en el concepto de ajustes razonables⁷⁹⁸:

En primer lugar, la persona con discapacidad ha de estar cualificada para el puesto de trabajo. Esto implica lo siguiente:

- Que cumple con lo exigido en cuanto a conocimientos, experiencia, formación y otros requisitos laborales del empleo;
- Que la persona puede realizar las funciones esenciales de dicho puesto con o sin adaptaciones razonables.

En segundo lugar hay que valorar la adaptación razonable:

⁷⁹⁶ Job Accommodation Network (JAN) es la fuente principal de asesoramiento gratuito, experto y confidencial en relación con las discapacidad y las adaptaciones en el trabajo. Entre sus servicios se encuentra la orientación personalizada acerca de adaptaciones en el empleo, opciones para el empleo autónomo y emprendedores. Se dirige tanto a organismos públicos como a empresas privadas, personas con discapacidad y sus familiares. Disponible en [<http://askjan.org/links/about.htm>] Proporciona guías para entrenar al personal de recursos humanos, buscadores en línea de recursos para usuarios, así como de los incentivos y beneficios fiscales. Tiene publicados unos documentos con recomendaciones sobre adaptaciones para trabajadores con diversas patologías Disponible en: [<http://askjan.org/espanol/index.htm>].

⁷⁹⁷ Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), establece plazos estrictos para la presentación de demandas por discriminación laboral que oscilan entre 180 y 300 días desde que se solicitó la adaptación.

⁷⁹⁸ Por R. KORNBLAU, B. Citado en el Portal de la adaptación de puestos para personas con discapacidad y ajustes razonables. Disponible en línea [<http://www.healthpolicyfellows.org/secure/alumni-bio.php?id=4479>].

- ¿Cuánto cuesta la adaptación en relación al tamaño y presupuesto de la empresa?
- ¿Existen créditos, reducciones fiscales, incentivos económicos u otros recursos externos para la financiación total o parcial de las adaptaciones?
- ¿Interfiere la adaptación con el funcionamiento de la empresa o con la capacidad de otros empleados para realizar sus tareas?

Por lo tanto, para determinar si una carga es excesiva se requiere un análisis individualizado del caso concreto. La ADA y su normativa de desarrollo contiene una regulación detallada y entiende por carga excesiva una acción que implica dificultad o gasto significativo teniendo en cuenta , entre otros, los siguientes factores⁷⁹⁹

- La naturaleza y el coste del ajuste requerido. Sin embargo, aunque el coste del ajuste implique una carga excesiva será obligatoria para el empresario si existe financiación disponible de otra fuente, como subvenciones públicas, o si las deducciones o reducciones fiscales permiten compensar el ajuste.
- Los recursos financieros de la empresa obligada, el número de trabajadores de la misma, el efecto sobre los gastos y recursos u otro tipo de impacto del ajuste sobre el funcionamiento de la empresa.
- El tamaño de negocio de la empresa en relación con el número de trabajadores, el número, tipo y localización de sus instalaciones.
- El tipo de actividad o actividades de la empresa, incluyendo la composición, estructura y funciones de dicha empresa.

El Reglamento añade el impacto del ajuste sobre el funcionamiento de la empresa incluido el impacto sobre la capacidad de trabajadores para llevar a cabo su trabajo y el impacto de la empresa para dirigir el negocio. Consideramos que en España, esta es una de las mayores dificultades ya que un ajuste favorable para un trabajador, podría perjudicar a otro, especialmente cuando se trata del horario laboral.

⁷⁹⁹ Art. 12111 (10), art. 1630. 2 (p) Appendix to Part 1630- Interpretative Guidance on Title I of the Americans with disabilities act; Title 29 of the Code of Federal Regulations Part 1630-Regulations to implement the equal employment provisions of the Americans with Disabilities Act, citado en CORDERO GORDILLO, . Igualdad y no discriminación..., op. cit. p. 147.

A la hora de valorar si las adaptaciones son razonables, también hay que tener en cuenta una serie de criterios de tipo positivo:

- Muchas adaptaciones pueden mejorar la eficiencia y efectividad, no sólo del trabajador con discapacidad, sino también de otros trabajadores de la empresa (por ejemplo las adaptaciones ergonómicas u organizativas).
- La concepción de los puestos de trabajo bajo los principios del diseño para todos, hace posible que las adaptaciones que hay que realizar a una persona con discapacidad sean mínimas o incluso no necesarias.
- El coste de la adaptación en la mayoría de los casos es muy bajo o nulo. Hay que tener en cuenta los incentivos que están contemplados para contratar a una persona con discapacidad y que compensan el posible coste de la adaptación.

Para decidir las adaptaciones que son necesarias en un puesto de trabajo concreto, se debe realizar una evaluación. Esto nos permitirá detectar los problemas principales y poder proponer adaptaciones que solucionen o minimicen los problemas. Pueden existir diversas soluciones y para elegir la más adecuada se tendrá en cuenta su efectividad, que no produzca efectos no deseados y que sea asumible técnica y económicamente. Entre ellas se encuentran:

- Facilitar el proceso de selección e integración mediante la adaptación de las pruebas selectivas.
- Hacer accesibles y usables las instalaciones y el puesto de trabajo.
- Restringir el ámbito de trabajo: modificación de calendarios, horarios a tiempo parcial, turnos de trabajo adaptados.
- Reorganizar el trabajo, eliminando funciones no esenciales del puesto, repartir tareas en el equipo, modificar el proceso productivo, etc.
- Adquirir o modificar equipos o dispositivos: mobiliario ergonómico, ayudas para manejar herramientas o maquinaria, etc.
- Servicios de apoyo: formación adicional, asistencia en tareas no esenciales, intérpretes, etc.

Cabe plantearse la diferencia entre ajuste razonable y acción positiva ya que se contemplan en la normativa de manera diferenciada ⁸⁰⁰constituyendo los ajustes

⁸⁰⁰ Así se manifiesta en la Convención de la ONU, art. 5 relativo a la igualdad u no discriminación en sus apartados 3 y 4 o en el art. 27

una obligación y las medidas de acción positiva como una facultad⁸⁰¹. En primer lugar destacamos la naturaleza individualizada de los ajustes frente al carácter colectivo de las medidas de acción positiva. Mientras en estas últimas se hace abstracción de las dificultades particulares que pueden tener las personas con discapacidad que resulten beneficiadas por la medida al dirigirse a un colectivo, la adaptación o ajuste, atiende a necesidades individuales y concretas. En segundo lugar, la obligación de realizar ajustes está vinculada al principio de igualdad de trato, esto es, con la prohibición de discriminación y por ello su incumplimiento implica discriminación por razón de discapacidad, mientras que las medidas de acción positiva no crean derechos subjetivos. Por otra parte, las acciones positivas tienen una naturaleza esencialmente temporal y se trata de medidas que deben cesar cuando la situación de desigualdad que pretendían erradicar ha desaparecido, mientras que esta temporalidad no es consustancial con los ajustes ya que puede tratarse de adaptaciones que sean necesarias una sola vez, durante un breve periodo o mientras dure el empleo de la persona con discapacidad⁸⁰².

Algunos autores consideran que los ajustes razonables son un tipo de acción positiva⁸⁰³. Independientemente de ello lo cierto es que se deben plantear cuando falla el diseño universal cuyos principios pasamos a enumerar.

12.2.1 Principios del diseño universal o diseño para todos

Las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán, entre otros, en el ámbito del empleo si bien con carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral⁸⁰⁴. Los ajustes razonables son adaptaciones que deben aplicarse en un caso particular para alcanzar la igualdad de oportunidades, cuando no sea posible satisfacer las necesidades específicas de una persona a través del diseño para todos⁸⁰⁵. Analicemos en primer lugar este concepto.

⁸⁰¹ Directiva 2000/78/CE art. 5 y art. 7.

⁸⁰² CORDERO GORDILLO, V. Igualdad y no discriminación..., ob. cit. pp.155-158.

⁸⁰³ GARCÍA VALVERDE, M^a. D. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. "Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad, *Temas Laborales* nº 75, 2004, p. 73; QUINTANILLA NAVARRO, B., "Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad" en VALDÉS DAL- RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales...*, op. cit., p.234, entre otros.

⁸⁰⁴ Apartado 2 artículo 22.

⁸⁰⁵ SASTRE CAMPO, A., "La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" en *2003-2012: 10 años de legislación sobre...*, op. cit. p. 87. El RD-Legislativo 1/2013 LDPD define la accesibilidad universal como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más

El diseño para todos⁸⁰⁶ es “la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible⁸⁰⁷”. Se trata de un principio que ha sido especialmente reivindicado frente a la accesibilidad, como principio más acorde con la visión de la discapacidad propia del modelo social, señalándose que la accesibilidad se enmarca dentro de un discurso especial que no favorece la inclusión de las personas con discapacidad⁸⁰⁸.

Si los profesionales diseñaran teniendo en cuenta los siguientes principios no serían necesarias adaptaciones. El diseño universal es una estrategia encaminada a lograr que la concepción y la estructura de los diferentes entornos, productos, tecnologías y servicios de información y comunicación sean accesibles, comprensibles y fáciles de utilizar para todos del modo más generalizado, independiente y natural posible, preferentemente sin recurrir a adaptaciones o soluciones especializadas. Su objetivo es hacer la vida más sencilla para todos permitiendo que sean accesibles y comprensibles tanto el entorno construido como la comunicación, los productos y los servicios⁸⁰⁹. Se basa en siete principios que tratan de conseguir la mejor calidad de vida para todas las personas permitiendo la utilización de productos y entornos por todas las personas sin tener

autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

⁸⁰⁶ Resolución ResAP(2001)1 del Consejo de Europa sobre la introducción de principios del diseño universal en programas de las profesiones dedicadas al entorno construido (“Resolución Tomar”).

⁸⁰⁷ DE ASÍS, R. “Sobre la accesibilidad universal” Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, p. 3 y 4 realiza una interesante reflexión sobre la problemática que radica en la configuración del diseño para todos al incluir el término “posible”, al igual que ocurre con el término “razonable” de los ajustes. Considera que el término “posible” puede servir de límite pero presenta un grado de indeterminación mucho menor que lo razonable. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-ES/Agenda/Lists/Eventos/Attachments/180/Rafael%20de%20Asis%20Accesibilidad%20Universal.pdf>.

⁸⁰⁸ DE ASÍS, R. “Sobre la accesibilidad universal...op. cit. p.16. Muchas políticas para favorecer la accesibilidad consisten en adopción de medidas especiales para determinados colectivos o personas que perpetúan una imagen de “anormalidad” ciertamente incompatible con la filosofía del modelo social de discapacidad. Así, por ejemplo, se afirma que es mejor que exista sólo una rampa como acceso que una escalera y una rampa.

⁸⁰⁹ Desde la perspectiva del Consejo de Europa, los derechos humanos, la participación y la integración son elementos básicos del Plan de Acción del Consejo de Europa sobre Discapacidad 2006-2015. El Diseño Universal es uno de los instrumentos para lograr las metas propuestas en el Plan de Acción. Desde el punto de vista de la industria, la Organización Internacional de Normalización ha contribuido con las Guías de Diseño Universal y Diseño Accesible sobre las necesidades de los diferentes perfiles de personas con discapacidad. Estas guías ayudan a la industria a convertir los valores fundamentales en productos y entornos reales que resulten útiles al mayor número posible de ciudadanos, al margen de su edad o discapacidad.

que recurrir a las adaptaciones o diseños especializados independientemente de su edad, o grado de habilidad.

Los siete principios del Diseño Universal o Diseño para todos⁸¹⁰, se centran en el diseño utilizable universalmente o por todos. Son los siguientes: Uso equiparable, uso flexible, simple e intuitivo, información perceptible, con tolerancia al error, que exija poco esfuerzo físico, tamaño y espacio para el acceso y uso.

1º) Uso equitativo. El diseño debe ser útil y adecuado a personas con diversas capacidades, proporcionar las mismas maneras de uso para todos los usuarios (idénticas cuando es posible o, al menos, equivalentes), evitar segregar o estigmatizar a cualquier usuario, tener las características de privacidad, garantía y seguridad disponibles para todos y con un diseño atractivo. Por ejemplo, la existencia de un lugar para sillas de ruedas en un teatro permite el acceso de una persona con movilidad reducida al teatro pero no a estar sentado junto con las personas con las que acude.

2º) Flexibilidad en el uso. El diseño debe incorporar un amplio rango de preferencias y capacidades individuales, debe ofrecer posibilidades de elección en los métodos de uso, ser accesible y usable tanto con la mano derecha como con la izquierda, facilitar al usuario exactitud y precisión así como adaptarse al ritmo del usuario. Por ejemplo, la mayoría de los productos están diseñados para personas diestras, y su pone un inconveniente para aquellos que son zurdos (reglas, teclado de ordenador, ratones, etc.)⁸¹¹.

3º) Simple e intuitivo. El uso del producto o entorno debe ser fácil de entender, atendiendo a la experiencia, conocimientos, habilidades lingüísticas o grado de concentración actual del usuario esto es, eliminar complejidad innecesaria, ser consistente con las expectativas e intuición del usuario, acomodarse a un amplio rango de alfabetización y habilidades lingüísticas, dispensar la información de manera consistente con su importancia y proporcionar avisos eficaces y métodos de respuesta durante y tras la finalización de la tarea. Esto es algo que se tiene en cuenta en las convocatorias de acceso al empleo público de personas con discapacidad intelectual, ya que se realiza una versión de convocatoria que incluye pictogramas (manual de instrucciones basado en imágenes).

⁸¹⁰Fue una idea desarrollada a finales de los años 80 por Ron I. Mace, arquitecto americano usuario de silla de ruedas. NC State University, The Center for Universal Design, an initiative of the College of Design. Versión 2.0 del 1 de abril de 1997.

Disponible en línea [<http://www.sidar.org/recur/desdi/usable/dudt.php>].

⁸¹¹ Podría realizarse un estudio sobre el impacto del material de oficina en las bajas laborales de personas zurdas.

4º) Información perceptible. El diseño debe comunicar de manera eficaz la información necesaria, atendiendo a las condiciones ambientales o a las capacidades sensoriales del usuario, debe usar diferentes modos para presentar de manera redundante la información esencial (gráfica, verbal o táctil), proporcionar contraste suficiente entre la información esencial y sus alrededores, debe permitir ampliar la legibilidad de la información esencial, diferenciar elementos en formas que pueden ser descritas (por ejemplo, que haga fácil dar instrucciones o direcciones) y proporcionar compatibilidad con técnicas o dispositivos usados por personas con limitaciones sensoriales. Es algo que se aplica en dispositivos como ascensores que indican la planta de parada mediante voz y mediante números en una pantalla o los semáforos que incorporan un sistema audio.

5º) Tolerancia al error. El diseño debe tolerar el error y minimizar los riesgos y las consecuencias adversas de acciones involuntarias o accidentales. Para ello los elementos más usados deben ser más accesibles; y los elementos peligrosos se deben eliminar, aislar o tapar. Debe proporcionar advertencias sobre peligros y errores, proporcionar características seguras de interrupción o desincentivar acciones inconscientes en tareas que requieren vigilancia. Serviría como ejemplo las llaves que funcionan independientemente del lado por el que se introduzcan en la ranura o los mensajes que aparecen en la pantallas al elegir la función “eliminar” de los programas informáticos.

6º) Bajo esfuerzo físico. El diseño se debe plantear para ser usado de manera eficaz y confortable con un mínimo de fatiga. Debe exigir poco esfuerzo físico y permitir que el usuario mantenga una posición corporal neutra, minimizar las acciones repetitivas o el empleo de esfuerzo físico continuado. Tiene gran importancia al accionar manillas, tiradores en determinados puestos de trabajo.

7º) Espacio y tamaño para el acceso y uso. Debe tener un tamaño y requerir espacio apropiado para acceder, alcanzar manipular y usar, atendiendo al tamaño del cuerpo, la postura o la movilidad del usuario. Para ello es importante que proporcione una línea de visión clara hacia los elementos importantes tanto para un usuario sentado como de pie, permitir un alcance de cualquier componente de manera confortable desde diferentes posturas, acomodarse a variaciones de tamaño de la mano o del agarre y proporcionar espacio necesario para el uso de productos de apoyo o de asistencia personal.

La accesibilidad consiste en hacer posible el uso de bienes y servicios para cualquier persona, con independencia de su condición física, psíquica o sensorial. Por tanto, se deben incluir aspectos referidos al diseño de los entornos virtuales, informática y tecnologías de la comunicación en general, con el objeto de conseguir la ausencia de obstáculos y, por tanto, la independencia. La accesibilidad se entiende como parte integrante y necesaria para la usabilidad. Algunos autores

defienden la diferencia entre accesibilidad (facilidad de acceso) y usabilidad entendida como la medida en la cual un producto puede ser usado por usuarios específicos para conseguir objetivos concretos con efectividad, eficiencia y satisfacción en un determinado contexto de uso⁸¹².

Desplazarse, comunicarse, alcanzar, entender, usar y manipular son algunas de las formas básicas de actividad humana. Garantizar la accesibilidad significa garantizar que estas actividades puedan ser desarrolladas por cualquier usuario sin que se encuentre con ningún tipo de barreras. Se han elaborado unos criterios de accesibilidad tanto para los entornos como los equipos de trabajo.

12.2.2 Los criterios DALCO para el diseño de entornos y equipos de trabajo

Para garantizar la accesibilidad universal se han creado un conjunto de requisitos denominados DALCO⁸¹³ que es el acrónimo de deambulación, aprehensión, localización y comunicación. Su fin es que sean tenidos en cuenta en el diseño de los lugares, puestos, entornos y equipos de trabajo de manera conjunta.

Deambulación es la acción de desplazarse de un sitio a otro que el posible usuario está obligado a realizar para acceder y disfrutar de los bienes o servicios, que la organización le ofrece. Se debe garantizar que se tiene posibilidad de acceso al lugar de trabajo y el desplazamiento en el mismo, procurando la mayor independencia posible y previniendo las necesidades en la fase de diseño. Los espacios de trabajo y las zonas de paso deben diseñarse a partir de itinerarios que permitan el desplazamiento. Los aspectos que deben contemplarse son las áreas de trabajo, zonas de circulación (dimensiones requeridas, libres de obstáculos, necesidad de pasamanos o barandillas, huecos de paso y puertas, elementos de cierre), espacio de maniobra y aproximación, zonas de descanso, cambios de plano (rampas, escaleras, tapices rodantes, ascensores, plataformas..., necesidad de señalización) y pavimentos (dureza, homogeneidad, antideslumbrante, deslizamiento....).

Aprehensión plantea las acciones, que debe llevar a cabo un potencial usuario para acceder y disfrutar de los bienes y servicios que la organización ofrece en cuanto a planos de alcance, forma y peso de los objetos que deben ser accionados. El trabajo implica la utilización de máquinas, herramientas o equipos a través de diversas acciones (manipular, coger, asir, pulsar, agarrar....). Para que estos sean manejables para todos deben cumplir unos criterios referidos a distancias en que

⁸¹² Disponible en línea [[http:// www.tiresias.org/accesible_ict/wh at.htm](http://www.tiresias.org/accesible_ict/wh at.htm)].

⁸¹³ Los criterios para facilitar la accesibilidad al entorno se encuentran en la norma UNE 170001. Las siglas corresponden a deambulación, aprehensión, localización y comunicación.

se utilizan, al uso para que se han concebido y teniendo en cuenta no sólo su utilización sino también su transporte. Se aplica en la fase de concepción de manillas, manivelas, mandos, interruptores, bolsas, etc.

Localización, es la acción de averiguar el lugar preciso en el que se encuentra alguien o algo. Cualquier persona ha de ser capaz de poder determinar la posición de los elementos y objetos a fin de poder encontrar y reconocer lo que necesita y determinar los trayectos necesarios. Se trata de facilitar información referida tanto a elementos (componentes, piezas) concretos de manera que puedan identificarse y diferenciarse, pero también se refiere al diseño de espacios y zonas de paso a fin de que puedan ser ubicados correctamente. Este concepto se aplica al analizar directorios, paneles, carteles, catálogos, folletos, gráficos, señales de emergencia, comunicaciones acústicas, señales luminosas, comunicación verbal, telefonía, redes de comunicación, video teléfono....

Comunicación es la acción de intercambio de la información necesaria para el desarrollo de una actividad. Todo trabajo implica el intercambio de información ya sea a través de medios materiales o con otras personas. Los dispositivos de información utilizados deberán elegirse en función de la información que quiera transmitirse y cumplir con los criterios generales de diseño a fin de asegurar su correcta percepción (ubicación, contraste, tamaño de caracteres, pictogramas, nivel sonoro, tono y duración de la señal....) e interpretación (composición y redacción del mensaje, utilización de símbolos)⁸¹⁴.

La norma UNE 170001 distingue entre medios para la comunicación no interactiva e interactiva. Respecto a la comunicación no interactiva la persona es receptora de la información y se refiere a los dispositivos que informan de una situación, como por ejemplo, una señal de emergencia, o del estado de una máquina o proceso. La comunicación interactiva también transmite información, sería el caso de la utilización de ordenadores o comunicación interpersonal.

Podríamos denominar razonables⁸¹⁵ a aquellos ajustes que se pueden llevar a cabo sin efectos no deseados. Los principales determinantes de tales efectos son las consecuencias negativas de la adaptación sobre la salud y seguridad del propio sujeto o de otros, y el coste económico excesivo no asumible por quien tiene que realizar la adaptación. Permiten que una persona con discapacidad pueda realizar de manera efectiva las funciones esenciales de su puesto de trabajo. Que sean asumibles por quien las realiza, implica que no tengan efectos secundarios negativos en la salud y seguridad del propio trabajador o de otros, que sean

⁸¹⁴ Ver NTP 241, 490, 659. Se aplica a la hora de concebir pantallas interactivas a los teclados, ranuras de inserción de tarjetas, etc.

⁸¹⁵ Disponible en línea [<http://adaptar.ibv.org/index.php/introduccion/los-ajustes-razonables>].

compatibles con el proceso productivo de la empresa y que el coste no sea excesivo, teniendo en cuenta los incentivos económicos y fiscales que obtiene un empresario por contratar a una persona con discapacidad, incluidas las subvenciones para adaptar los puestos de trabajo⁸¹⁶.

En la actualidad existen muchas iniciativas sobre accesibilidad, pero aún no se ha logrado un pleno aprovechamiento de las posibilidades que ofrece. El Gobierno español, en cooperación con otras administraciones y organizaciones públicas y privadas, con el objetivo de eliminar barreras e introducir el concepto del Diseño para Todos elaboró el Primer Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012 como marco estratégico para promover y consolidar algunas medidas ⁸¹⁷. Asimismo el Plan de Acción 2014- 2016 de la Estrategia Española de Discapacidad marca como uno de sus objetivos estratégicos promover la accesibilidad a los bienes y servicios y fomentar la accesibilidad en las TIC, promover la accesibilidad universal en las políticas públicas y en las estrategias de empresa, atendiendo a las necesidades de las personas con discapacidad, promover la presencia del factor discapacidad y la accesibilidad universal en la acción exterior, y promover un sistema de información accesible sobre discapacidad.

⁸¹⁶ DE ASIS, R. "Sobre la accesibilidad....", op. cit., p. 14 disponible en línea [<http://www.cermi.es/es-ES/Agenda/Lists/Eventos/Attachments/180/Rafael%20de%20Asis%20Accesibilidad%20Universal.pdf>] vincula el principio de proporcionalidad de los ajustes razonables con los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El principio de idoneidad expresa la exigencia de que toda limitación a un derecho debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo, es decir, el principio de idoneidad establece que una limitación en el ajuste sólo podría hacerse tomando como referencia un fin constitucional y desde la consideración de que la limitación del ajuste es un medio idóneo para lograr ese fin. El principio de necesidad expresa la exigencia de que toda limitación idónea a un derecho debe ser la más benigna para dicho derecho, en relación con el resto de limitaciones idóneas. En lo que se refiere al ajuste establece que la medida que lo limita debe ser la menos dañina, entre todas las idóneas. El principio de proporcionalidad o ponderación, establece que toda limitación idónea y necesaria de un derecho debe superar el test de las ventajas y de los sacrificios. Dicho test, implica considerar que las ventajas de la limitación sean superiores a los sacrificios (tanto para los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores constitucionales.

⁸¹⁷ Surgió en el contexto de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal con la que el Gobierno español pretendía impulsar la puesta en marcha de la legislación sobre esta materia. Transcurrido este periodo, previa evaluación de su impacto y resultados estaba previsto la aprobación de I II Plan Nacional de Accesibilidad, que abarcaría el periodo restante hasta el año 2020 Otros estados con un Plan gubernamental para la mejora de la accesibilidad han sido Noruega (2005-2009); Países Nórdicos (2005-2007); Países Bajos (2010 autobuses; 2030 trenes); Alemania mediante un registro normalizado, evaluación y descripción de la oferta accesible de hoteles y restaurantes; Bélgica/Flandes mediante punto de información de viajes accesibles; España y Portugal , mediante playas accesibles; Hungría mediante exposiciones táctiles, etc., GINNERUP SOREN Comité de Expertos sobre Diseño Universal [Acuerdo Parcial (PR-RR-UD)] *Hacia la plena participación mediante el Diseño Universal*, Madrid, Colección Documentos, Serie documentos técnicos IMSERSO, 2007.

12.2.3 Accesibilidad en el entorno web

El entorno Web constituye una oportunidad sin precedentes para participar cómoda y plenamente en la sociedad. La accesibilidad Web que significa permitir a las personas con cualquier tipo de discapacidad visual, auditiva, física, cognitiva, neurológica o del habla, percibir, entender, navegar e interactuar con la Web. Existen millones de personas con discapacidad que no pueden utilizar la web por presentar barreras de accesibilidad⁸¹⁸.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico⁸¹⁹, que entró plenamente en vigor el 1 de enero de 2006, obliga a las Administraciones Públicas a “adoptar las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de internet pueda ser accesible para personas con discapacidad y las personas mayores”. A partir del 31 de diciembre de 2008, las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financie total o parcialmente como las páginas de internet de las Administraciones Públicas exigirán que tanto las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien total o parcialmente como las páginas de internet de entidades y empresas que se encarguen de gestionar servicios públicos apliquen los criterios de accesibilidad. En particular, las páginas de Internet de las Administraciones Públicas deberán ofrecer al usuario información sobre su nivel de accesibilidad y facilitar un sistema de contacto para que puedan transmitir las dificultades de acceso al contenido de las páginas de internet o formular cualquier queja, consulta o sugerencia de mejora. Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y “software”, para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales⁸²⁰. Este artículo llenó por primera vez, un vacío legal en el ámbito de la Administración Pública.

La LIONDAU (hoy derogada y refundida en el TRLGDPD), en su disposición final séptima sobre condiciones de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social indicaba que dos años desde la entrada en vigor de la Ley el Gobierno aprobaría unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier

⁸¹⁸ W3C disponible en línea [<http://www.w3c.es/WAI/intro/accessibility>].

⁸¹⁹ Transposición de la Directiva 2000/31/CE

⁸²⁰ Disposición adicional quinta. Accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos. Existe una nueva versión aprobada por la Resolución de 3 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, por la que se publica la relación de normas UNE aprobadas por AENOR durante el mes de julio 2012 BOE núm. 237, de 2 de octubre de 2012.

medio de comunicación social, que serán obligatorias dentro del plazo de cuatro a seis años desde la entrada en vigor de la Ley para todos los productos y servicios nuevos, y en el plazo de ocho a diez años para todos aquellos existentes que sean susceptibles de ajustes razonables.

Esto significó la obligación de dictaminar las condiciones por parte del Ejecutivo en un plazo de dos años, de manera que se redacta la Norma UNE 139803:2004⁸²¹ que ya recoge unos requisitos completos, divididos en siete secciones: Principios generales, presentación, estructura, contenido, navegación, scripts, objetos de programación y multimedia y situaciones excepcionales⁸²².

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos incluye como uno de sus principios generales el principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera más segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran⁸²³.

Una persona con discapacidad, independientemente de cuál fuera su limitación, que quisiera acceder a la información de las convocatorias de acceso al empleo público, por ejemplo, debería tener la posibilidad de hacerlo⁸²⁴.

⁸²¹ Resolución de 25 de enero de 2005, de la Dirección General de Desarrollo Industrial, por la que se publica la relación de normas UNE aprobadas por AENOR durante el mes de diciembre 2004. Publicada en el BOE núm. 43 de 19 de febrero de 2005.

⁸²² Esta normativa es una nueva versión de las Web Content Accessibility Guidelines 1.0 (WCAG 1.0) del World Wide Recommendation (W3C) tuvo su origen en una petición del actual Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en su momento, Ministerio de Ciencia y Tecnología) y el IMSERSO ya que no se puede referenciar a documentos técnicos que no provengan de organismos oficiales de normalización como AENOR, CEN o ISO.

⁸²³ Título Preliminar, artículo 4 de los Principios Generales, apartado c) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. BOE núm. 150 de 23 de junio 2007. Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

⁸²⁴ El Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, en su Preámbulo recoge explícitamente la relación entre la norma UNE y las pautas del W3C, y fija como nivel de adecuación de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las prioridades de nivel 1 y 2: «Unos criterios de accesibilidad aplicables a las páginas de internet son los que se recogen, a nivel internacional, en la iniciativa de Accesibilidad a la Web (*Web Accessibility Initiative*) del

El artículo 5 describe los criterios de accesibilidad aplicables a las páginas de internet de las administraciones públicas o con financiación pública pero a su vez señala que la obligación no será aplicable cuando una información, funcionalidad o servicio no presente una alternativa tecnológica económicamente razonable y proporcionada que permita su accesibilidad.

Finalmente, los arts. 80 a 88 TRLGDPD recogen los tipos de infracciones y sanciones vinculadas cuando, se incumpla, entre otras las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables⁸²⁵.

Es interesante señalar la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información⁸²⁶ que hace extensible esta obligación a empresas privadas “que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica”⁸²⁷ deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución

Consortio Mundial de la Web (*World Wide Web Consortium*), que los ha determinado en forma de pautas comúnmente aceptadas en todas las esferas de internet, como las especificaciones de referencia cuando se trata de hacer que las páginas de Internet sean accesibles a las personas con discapacidad. En función de dichas pautas, la iniciativa de Accesibilidad a la Web ha determinado tres niveles de accesibilidad: básico, medio y alto, que se conocen como niveles A, AA o doble A y AAA o triple A. Dichas pautas han sido incorporadas en España a través de la Norma UNE 139803:2004, que establece tres niveles de prioridades. El presente real decreto especifica el grado de accesibilidad aplicable a las páginas de internet de las administraciones públicas, estableciendo como nivel mínimo obligatorio el cumplimiento de las prioridades 1 y 2 de la citada Norma UNE». La Disposición transitoria recoge los plazos de aplicación: «1. Las obligaciones y medidas contenidas en este real decreto y el reglamento anexo serán exigibles desde el 4 de diciembre de 2009 para todos los productos y servicios nuevos, incluidas las campañas institucionales que se difundan en soporte audiovisual y desde el 4 de diciembre de 2013 para todos aquellos existentes que sean susceptibles de ajustes razonables. 2. Las páginas de internet de las administraciones públicas o con financiación pública deberán adaptarse a lo dispuesto en el artículo 5 de dicho reglamento, en los siguientes plazos:

- a. Las páginas nuevas deberán ajustarse a la prioridad 1 de la norma UNE 139803:2004 desde la entrada en vigor del real decreto.
- b. Las páginas existentes deberán adaptarse a la prioridad 1 de la Norma UNE 139803:2004 en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor.
- c. Todas las páginas, actualmente existentes o de nueva creación, deberán cumplir la prioridad 2 de la Norma UNE 139803:2004 a partir del 31 de diciembre de 2008. No obstante, este plazo de adaptación y la citada norma técnica de referencia podrán ser modificados a efectos de su actualización mediante orden ministerial conjunta, en los términos establecidos en la disposición final tercera de este real decreto.

3. Las obligaciones que la disposición adicional primera de este real decreto introduce en el reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, deberán ser cumplidas a partir de la entrada en vigor del presente real decreto, a excepción de lo en ella previsto para la accesibilidad a la guía telefónica universal a través de internet, a la que serán de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior.»

⁸²⁵ Antes recogido por el artículo 3 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre que estuvo vigente hasta el 04 de diciembre de 2013.

⁸²⁶ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007

⁸²⁷ Las que agrupen a más de cien trabajadores o su volumen anual de operaciones, calculado conforme a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, exceda de 6.010.121,04 euros y que, en ambos casos, operen en los siguientes sectores económicos:

telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, les permita la realización de determinados trámites⁸²⁸.

Claro ejemplo de la vulneración sistemática del principio de accesibilidad universal y diseño para todos se puede encontrar en la Ley de Contratación Pública. La falta de accesibilidad es una forma muy sutil de discriminación. Aunque la legislación defienda los derechos de las personas con discapacidad, entornos, productos o servicios inaccesibles vulneran de facto estos derechos impidiendo su ejercicio pleno por parte de estas personas⁸²⁹. Incluir esta medida es una excelente manera de reconocer la diversidad de capacidades funcionales y reconocer la influencia del diseño en entornos contruidos, productos o servicios y en el uso de los mismos. Con esta medida se asume la responsabilidad de modificar el entorno de modo que pueda ser utilizado en igualdad de condiciones por todos, buena manera de respetar el principio de no discriminación y gran ejemplo de esa función promocional⁸³⁰.

La Directiva 2004/18/CE tiene en cuenta ese principio a través de la accesibilidad universal y el diseño para todos en el proceso y en el resultado. La forma de publicar, el lenguaje a utilizar o las especificaciones técnicas deben tener en cuenta, en la medida de lo posible, esos criterios.

La publicidad de las convocatorias de licitaciones, sus resultados y toda la información relevante tienen un tratamiento informático. Cada vez son más los servicios que tienen un trato electrónico por lo que sus páginas deben ser diseñadas y construidas para que sus contenidos estén disponibles a cualquier persona independientemente de sus capacidades sensoriales. Todo profesional que reúna los requisitos y quiera participar en una licitación no puede ver impedido su derecho por falta de accesibilidad a la convocatoria.

suministro de agua, gas, eléctrico, de agencia de viajes, transporte de viajeros por carretera, comercio al por menor (art. 2.2 Ley 56/2007).

⁸²⁸ El 4 de julio de 2012 se publicó una actualización y la nueva Norma UNE 139803:2012, adaptación de WCAG 2.0 sustituye a la anterior UNE 139803:2004 adaptación de WCAG 1.0. Es una paradoja que una norma de obligado cumplimiento no tenga acceso gratuito, ya que en sí misma plantea un problema de accesibilidad. En este caso, desde febrero 2013, gracias a un acuerdo entre la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y AENOR se distribuye gratuitamente.

Es un documento de 28 páginas que se distribuye en http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Accesibilidad/pae_documentacion/

⁸²⁹ HERNÁNDEZ GALÁN, J. Accesibilidad universal y diseño.....op. cit. p.11.

[<http://www.fundaciononce.es/ES/Publicaciones/editorialFO/Paginas/Buscador.aspx?TSMEIdPub=185>].

⁸³⁰ El paternalismo asistencial debe dejar paso a la función promocional es una idea defendida por GARCÍA QUIÑONES, J.C. , “Concepto jurídico laboral de discapacitado...”, op. cit. p. 39.

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo⁸³¹ en la que promueve una economía digital abierta competitiva y hace hincapié en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en tanto impulsoras de la inclusión y la calidad de vida.⁸³²

En el procedimiento de contratación pública existen diferentes tipos de anuncios, entre los cuales, algunos son facultativos y otros obligatorios. Entre los primeros el anuncio de información previa, en el que el propio poder adjudicador publicará dicho anuncio en su “perfil de comprador” o lo enviará a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. La publicación de este anuncio será obligatoria cuando el poder adjudicador desee acortar los plazos de recepción de las ofertas. Entre los segundos, encontramos como obligatorios, la publicación de anuncios de información previa en el sitio web del poder adjudicador, el anuncio de licitación o de concurso y el anuncio sobre los contratos adjudicados y sobre el resultado de los concursos.

Entre las buenas prácticas de accesibilidad web se encuentran la inclusión de contenido no textual mediante imágenes y multimedia; inserción de *scripts* y objetos programados sin perjudicar la accesibilidad, construcción adecuada de tablas de datos, construcción y diseño de formularios accesibles, aplicación de estándares a una página o contenido web, separación de contenido y presentación como eje central en la estructura, coherencia en la navegación y utilización de un lenguaje apropiado.⁸³³

Los medios y tecnología deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros y la nomenclatura aplicable a los contratos públicos,

⁸³¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”. Bruselas, 1.6.2005 COM (2005)final.

⁸³² La WCAG (Web Content Accessibility Guidelines) ha sido creada por W3C (World Wide Web) muestra 14 pautas de soluciones de diseño accesible formadas por puntos de verificación que ayudan a detectar posibles fallos. A estos puntos se les asigna una prioridad: P1- es esencial que el desarrollador web cumpla con ellos porque de no ser así impediría el acceso a ciertos grupos de usuarios. P2: Si no se cumplen sería muy difícil acceder a la información para cierto grupo de usuarios. P3: si no se cumplen algunos usuarios tendrían algunas dificultades para acceder a la información. Con respecto a estos puntos de verificación se establecen niveles de conformidad: NC A Satisface todos los puntos de prioridad 1, NC AA D Satisface las prioridades 1 y 2. NC AAA todos los puntos de verificación se satisfacen.

⁸³³ [http://www.inteco.es/Accesibilidad/difusion/buenas_practicas/].

En la Comunicación Accesibilidad Electrónica de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2005) 425 final, se designa las iniciativas destinadas a garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios de la sociedad de la información. Trata de eliminar los obstáculos técnicos, jurídicos y de otro tipo que puedan encontrar determinadas personas al utilizar servicios vinculados a las TIC.

la adoptada por el Reglamento 2195/2002, que garantiza la correspondencia con las demás nomenclaturas existentes y el vocabulario común de los contratos públicos (CVP). Ninguna de esas medidas es una acción específica para personas con discapacidad ya que se trata de una medida general, global que afecta a todos los agentes que intervienen la contratación, y la describimos por ser ejemplo del grado óptimo de normalización.⁸³⁴

Las tecnologías de la información y las comunicaciones son determinantes en la contratación pública, y debería asegurarse que las personas con discapacidad tengan el mismo acceso y uso a las tecnologías que los usuarios sin discapacidad. Las Administraciones públicas deberían adoptar medidas necesarias para que la información disponible sobre las licitaciones en sus páginas web fueran accesibles a todas las personas con criterios de normalización. La Directiva no concreta el nivel de accesibilidad del contenido de la web de las administraciones que debería cumplir, en todo caso, con las recomendaciones existentes. Esto sería una herramienta fundamental para promover las directrices sobre accesibilidad de la red, armonizando criterios de accesibilidad con expresa referencia servicios accesibles electrónicamente.

Por otra parte, en la regulación de las especificaciones técnicas (art. 23) la Directiva adoptando una expresión realista señala que *estas deberían definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios*.

Lo cierto es que la consecución de la accesibilidad universal es un objetivo muchas veces arduo, oneroso y, en todo caso, a largo plazo ya que se parte en muchas ocasiones de entornos preexistentes no accesibles y para transformarlos requieren tiempos dilatados. Para las situaciones en las que los dispositivos de accesibilidad universal y diseño para todos, de alguna manera, fracasan, por no lograr su objetivo declarado, entran a operar los ajustes razonables⁸³⁵.

12.2.4 Principios generales y medidas para la adaptación de puestos de trabajo

Adaptar un puesto de trabajo significa implementar numerosas medidas, diferentes en cuanto a su concepto y aplicación. Cualquier intervención debe ser viable, lo que significa que no deben afectar negativamente a la salud o seguridad

⁸³⁴ Normalización según la Ley 51/2003 (LIONDAU) es el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona., de 2 de diciembre.

⁸³⁵ PÉREZ BUENO, LC. "La configuración jurídica de los ajustes razonables..." op. cit. p4. Vid *ut supra* apartado 13.1

de la persona afectada, sus compañeros, y con un coste asumible para quien ha de realizarla. Existen una serie de principios que facilitan el proceso y permitirán que la adopción de medidas tenga un resultado eficaz. Son los siguientes:

1º) Asegurar la igualdad de empleo. Su objetivo es conseguir que a ninguna persona se le pueda negar la oportunidad de empleo por razones no relacionadas con su capacidad para hacer el trabajo. Corregir las condiciones de desventaja en el empleo experimentadas por estas personas.

2º) Adaptaciones razonables sin efectos no deseados. En algunos casos la naturaleza o grado de discapacidad de la persona pueden impedirle realizar las funciones esenciales, pero no se puede calificar a una persona como incapaz de hacerlas a menos que se haya realizado algún esfuerzo para acomodar sus necesidades con adaptaciones razonables (aquellas que pueden llevarse a cabo sin efectos no deseados). Los principales determinantes de tales efectos son las consecuencias negativas de la adaptación sobre la salud y seguridad del propio sujeto o de otros, y el coste económico excesivo no asumible por quien tiene que realizar la adaptación.

3º) Comparar demandas y capacidades. Al considerar la adecuación de un individuo con discapacidad para un trabajo concreto, es necesario obtener información detallada de las capacidades del individuo y las demandas del trabajo, antes de tomar cualquier decisión. La comparación entre ambos permite detectar ajustes o desajustes en cada caso particular, proponiendo las medidas de intervención necesarias para corregir los desajustes. El objetivo final es que las demandas no superen las capacidades y que el puesto sea accesible y seguro.

El análisis de las demandas de trabajo debe detallar los requisitos físicos y mentales de las tareas relacionadas con el trabajo de forma detallada. Además de las demandas propias de las tareas se deben analizar las condiciones ambientales, organizativas...

Para determinar la capacidad de la persona para el trabajo, se realiza una valoración funcional que incluiría la naturaleza del trabajo, la capacidad física, sensorial, mental, habilidades adquiridas, formación, preferencias y motivación, necesidad de adaptaciones.

La valoración tiene entre otras las siguientes aplicaciones: selección del empleo, comparando las capacidades, preferencias, formación de la persona con las demandas del trabajo; modificación o rediseño del trabajo con el fin de identificar los necesarios cambios en equipos, procesos de trabajo, necesidad de productos de apoyo, adaptaciones o establecer su prioridad o identificar las necesidades de

formación de los trabajadores, detectando sus necesidades y permitiendo la planificación de los programas necesarios para lograrlo.

4º) Enfoque positivo de la adaptación. Debido a la especialización del trabajo prácticamente no existen tareas que demanden todo el abanico de habilidades de una persona, por lo tanto, una persona con limitaciones funcionales puede desempeñar un trabajo en el que su capacidad residual sea de utilidad. Se enfatiza la capacidad, no la discapacidad.

5º) Individualización como clave de la adaptación. No existen soluciones tipo ni trabajos predestinados, porque no existen dos personas ni situaciones iguales. Una solución que en principio debe parecer idónea para cualquier situación, puede no serlo en realidad. Aunque cuando se plantean ciertas medidas (diseño de productos para determinados colectivos, eliminación de barreras...) estas deben satisfacer al mayor número de sujetos, la adaptación de puestos de trabajo requiere un análisis individual.

6º) Participación activa del sujeto involucrado. El individuo es el motor principal de su inserción laboral. Debe participar activamente en el proceso de adaptación, pues es quien mejor conoce sus problemas y o la manera de solucionarlos. Ha de estar motivado y de acuerdo con las medidas que se pretenda introducir. La adaptación debe hacerse considerando la privacidad, confidencialidad, comodidad, autonomía y autoestima de la persona.

7º) Efecto zoom de la adaptación. Consiste en aplicar los principios generales del diseño ergonómico, ya que el diseño “bueno para todos” detectado a partir del análisis de necesidades de la situación determinada de la persona con discapacidad, puede mejorar la situación de los demás o prevenir lesiones. No obstante, en algunos casos para salvar desajustes el diseño ergonómico ha de acompañarse de medidas de diseño especiales para la discapacidad específica.

8º) No sobre-equipar los puestos. No es conveniente abusar de las adaptaciones por las siguientes razones: es preferible que el diseño no destaque como medida especial. Algunos equipos o adaptaciones especiales para una persona con discapacidad, pueden resultar difíciles de usar o ser una carga adicional para otras personas. Las ayudas técnicas muy específicas suelen quedar obsoletas rápidamente. Conviene que permitan la evolución personal del sujeto y tecnológica de la empresa. Es preferible que los puestos no sean herméticos. Una de las ventajas de los puestos de trabajo y los equipos diseñados con criterios ergonómicos tradicionales es que no destacan como especiales y pueden asumirse fácilmente por cualquier trabajador. Esto es muy importante cuando existen turnos de trabajo diferentes o cuando el empleado está de vacaciones o de baja laboral.

9º) Adaptación mejor que cambio de trabajo. Conviene aplicar el principio de “diseñar el trabajo en vez de reeducar al sujeto” a menos que el sujeto quiera ser transferido a otro puesto. Esto tiene un impacto positivo en la motivación y en el resultado del trabajo en términos de calidad y cantidad.

10º) Las soluciones no siempre son técnicas. Pueden existir ciertos prejuicios negativos que inducen a creer que las personas con discapacidad dependen de otras personas para la mayoría de sus necesidades, son menos eficientes o menos capaces de desarrollar una serie de tareas o más propensos a accidentes laborales. Esto puede explicar la discriminación negativa al intentar conseguir un empleo.

Se debe informar adecuadamente a los compañeros de trabajo y otras personas del entorno distintas cuestiones de interés respecto al trabajador y su discapacidad (formas de comunicación, prejuicios de posible contagio infundado...).

11º) Antes de adaptar hay que analizar. Los procesos que intervienen en el proceso de adaptación son muchos. El objetivo de la ergonomía es entender la actividad, detectar los posibles problemas, corregirlos e incluso anticiparse a ellos eliminando riesgos. Todo ello requiere un análisis de cada situación antes de tomar cualquier decisión⁸³⁶.

Las posibles ajustes son numerosos, entre ellos destacamos la restricción de tareas, reorganización o modificación del puesto, los servicios de apoyo y la supresión de barreras, que pasamos a comentar.

12.2.4.1 Restricción del trabajo

Es el enfoque clásico y en algunos casos es la manera más simple, rentable y útil de solucionar la integración, reintegración laboral de una persona con discapacidad. Las restricciones se aplican *a la persona* por distintos conceptos:

- Puede afectar al tipo de trabajo que realiza el empleado. Por ejemplo, prohibir determinadas actividades (conducir, levantar pesos, trabajar en lugares altos...)
- Puede afectar a la duración o distribución del horario. Por ejemplo, trabajar solo media jornada, o solo durante horas diurnas...⁸³⁷

⁸³⁶ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C., PAGE DEL POZO, A. , FERRERAS REMESAL, A. *Medidas de adaptación y recomendaciones de diseño del sistema de trabajo en Ergonomía y Discapacidad* (Edición revisada y ampliada) , Madrid, IBV- IMSERSO, 1999, pp. 98-106.

⁸³⁷ Recordemos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda. Abogado General. Sra. J. KoKott Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. Donde se señala “(...) Si bien cabe indicar que ni el artículo 5 ni el 20 de la Directiva 2000/78 se menciona la reducción del tiempo de trabajo como en tal enumeración, cabe interpretar que dicho concepto (pautas de tiempo de trabajo) está comprendido dentro de los posibles ajustes ya que supondrían una forma

- Puede suponer restringir al empleado a trabajar únicamente en tareas compartidas con otros trabajadores.
- Puede afectar al tipo de materiales que entran en contacto con la persona. Por ejemplo, prohibir contacto con determinados materiales que puedan causar una reacción alérgica.

Las restricciones pueden ser de carácter temporal o permanentes y su objetivo es reducir la posibilidad de agravar una condición o lesión del sujeto durante el trabajo o ayudar al trabajador a recuperar su plena capacidad laboral.

Es importante registrar las restricciones de manera precisa en un formulario especial que incluya la naturaleza específica de las restricciones y la duración prevista⁸³⁸.

12.2.4.2 Reorganización del trabajo y modificación del puesto

La reorganización del trabajo se aplica *a la naturaleza del trabajo*. Implica suprimir las actividades no esenciales del trabajo que se encuentran más allá de la capacidad de una determinada persona, eliminándolas o asignándolas a otras personas⁸³⁹. Los aspectos a considerar cuando se analiza si una actividad concreta

organizativa no discriminatoria. Esto es así porque se considera como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva, en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo conforme al objetivo perseguido por dicho artículo. Ahora bien, de acuerdo al considerando 59 incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores que en relación con el considerando 60 establece que hay que tener en cuenta los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa en relación con la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda (considerando 64 de la misma sentencia)".

⁸³⁸ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C., PAGE DEL POZO, A., FERRERAS REMESAL, A. Medidas de adaptación y recomendaciones... op. cit. pp. 174. 175.

⁸³⁹ Es relativamente frecuente que en el trabajo se produzcan conflictos relacionados con las medidas de adaptación de puesto de trabajo adoptadas para una persona con discapacidad. Por ejemplo, alguien que por motivos de salud, no puede realizar determinadas tareas, o cuyo horario de trabajo adaptado, entra en conflicto con las preferencias de otro compañero, podría dar lugar a situaciones de violencia laboral. Las evaluaciones específicas de riesgos psicosociales tienen un carácter exclusivamente preventivo y no son útiles para hacer frente a situaciones de conflicto establecidas. Son herramientas para lograr que estos conflictos tengan menor probabilidad de ocurrir, cuando ya han ocurrido deben utilizarse otras herramientas (En este sentido véase ALASTRUEY ANZA, J.C., GÓMEZ ETXEBARRÍA, M., "Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral" en COLLANTES IBÁÑEZ, M.P. y MARCOS I J.I. (Coords.) *La salud mental de los trabajadores...* op. cit. p. 183.). Las conductas que producen estos efectos se pueden agrupar en descrédito de la capacidad laboral y deterioro de las condiciones del ejercicio profesional, aislamiento sociolaboral, desprestigio personal, agresiones y humillaciones, robos y daños, amenazas. La prevención de la violencia laboral se debe incluir en la actividad preventiva de la empresa. Existen factores necesarios (elementos que pueden ayudar a que ocurran situaciones de

es esencial o no para un puesto de trabajo son las siguientes: el tiempo que se dedica a la actividad o la frecuencia con que se hace, el número de otros trabajadores disponibles para hacerla, importancia del resultado de la actividad , consecuencias de los errores en la ejecución, consecuencias de no realizar la actividad, términos del contrato laboral⁸⁴⁰.

La modificación del puesto supone *un cambio en la manera de realizar la tarea* ya sea por una modificación en el espacio de trabajo, en la disposición del puesto, los equipos, o en el entorno. Dependiendo del alcance del cambio, este procedimiento puede ser simple, o complejo y costoso⁸⁴¹.

Resulta crítico determinar la necesidad real de utilizar un equipo especial. Es una necesidad tan individual como la persona que lo ha de usar. El análisis de la situación debe considerar en qué medida el empleado puede hacer el trabajo sin esa ayuda y si podría mejorar su situación con dicho equipo, teniendo siempre en cuenta que hay que evitar cualquier posibilidad de agravamiento de la deficiencia del sujeto o la aparición de una nueva debido a las condiciones de trabajo. En principio, siempre es preferible que la persona con discapacidad utilice el mismo equipo que los demás.

Deben considerarse, no sólo las características individuales o el entorno de manera independiente sino también el principio de interacción: la persona se interrelaciona con su entorno y a la vez incluye en él. De esta manera se ha de plantear el diseño de las tareas, el entorno y del contexto organizativo de manera

violencia en un primer momento), motivadores (elementos necesarios para que quien ejerce la violencia considera que merece la pena llevar a cabo conductas par dañar a compañeros o subordinados que son los percibidos como cargas o amenazas) y precipitantes (relacionados con cualquier cambio en la organización y con otros factores del contexto sociolaboral) que pueden ser los antecedentes de situaciones de violencia. Es importante en la evaluación tener en cuenta los siguientes factores: estabilidad laboral, política organizacional, liderazgo, apertura y apoyo, implicación y compromiso, comunicación y participación, igualdad y trato justo, relaciones interpersonales, características del puesto y del ambiente del trabajo. Sus resultados nos van a permitir concretar las carencias organizativas que están creando, motivando y precipitando situaciones de violencia en el contexto organizativo (NTP 443 Factores psicosociales: metodología de evaluación; NTP 450 Factores psicosociales: fases de evaluación).

⁸⁴⁰ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C, PAGE DEL POZO, A. , FERRERAS REMESAL, A. Medidas de adaptación ..., op. cit., p. 175.

⁸⁴¹ Por ejemplo, elevar la altura de la mesa para que una persona con silla de ruedas pueda arrimarse, o proporcionar un plano en el cuello para evitar la flexión de cuello, incorporar dispositivos de ayuda especiales que compensen capacidades limitadas..... El Centro Estatal para la Autonomía Personal y Ayudas Técnicas dispone de un amplio catálogo de productos de apoyo [http://www.ceapat.es/ceapat_01/auxiliares/productos_apoyo/index.htm]. Son productos de apoyo cualquier producto (incluyendo dispositivos, equipo, instrumentos y software) fabricado especialmente o disponible en el mercado, utilizado por personas con discapacidad destinado a facilitar la participación, proteger, apoyar, entrenar, medir o sustituir funciones/estructuras corporales y actividades; o prevenir deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Norma UNE-EN-ISO 9999 V2. Clasificación y terminología (2012).

que se logren los objetivos y necesidades de producción o servicio, a la vez que se potencian las capacidades individuales. Así pues, los objetos, herramientas, instrumentos y dispositivos, así como el entorno han de reunir unas condiciones de seguridad y comodidad para todos⁸⁴².

Los equipos especiales de adaptación solo deben incorporarse cuando sea estrictamente necesario por motivos de salud, seguridad y/ o eficiencia, para reducir la carga de trabajo, para ahorrar energía y tiempo... Ejemplos de modificaciones podrían ser los siguientes:

- Dejar las manos libres para tomar notas o marcar números de teléfono disponiendo de auriculares.
- Utilizar mandos de control grandes, fáciles de agarrar y que requieran poca fuerza para su manejo.
- Cambiar la ubicación de los mandos o controles de los equipos, o cambiar de un control manual a un pedal para acomodar una discapacidad de manos o piernas.
- Utilizar muebles modulares cuya disposición puede cambiar para adaptarlo a las necesidades de cada usuario, como los cuerpos de cajones separados para la mesa de trabajo.
- Proporcionar información sensorial redundante, utilizando indicadores visuales y auditivos para transmitir la misma información (señales sonoras y luminosas).
- Utilizar presentaciones visuales ampliadas e instalar mobiliario de alto contraste para personas con deficiencias visuales, hacer disponible la información escrita en formatos alternativos para personas ciegas.
- Convertir la información auditiva en visual o táctil para personas con limitación auditiva⁸⁴³.

Los productos de apoyo se definen⁸⁴⁴ como “cualquier producto (incluyendo dispositivos, equipo, instrumentos y software) fabricado especialmente o disponible en el mercado, utilizado por o para personas con discapacidad destinado a: facilitar la participación; proteger, apoyar, entrenar, medir o sustituir funciones/estructuras corporales y actividades; o prevenir deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación”.

⁸⁴² DONADA MOLINS, C.; PRUNÉS FREIXA, M^a A. NOGAREDA CUIXART, C., *Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad*, INSHT, 2014, p.3.

⁸⁴³ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C, PAGE DEL POZO, A. , FERRERAS REMESAL, A. *Medidas de adaptación...*, op. cit. p. 175.

⁸⁴⁴ Norma UNE-EN ISO 9999 V2

12.2.4.3 Servicios de apoyo

El Servicio de apoyo implica utilizar una tercera persona para facilitar el trabajo de la persona con discapacidad, no para realizar las tareas esenciales. Podría incluir a alguien para guiar al trabajador hasta el puesto, asistirle en el lavabo o un intérprete de lengua de signos. Estos servicios tienen un coste muy alto y es muy difícil de asumir por pequeñas empresas.

En el campo de la integración laboral de personas con problemas de salud mental, es habitual contar con un preparador laboral⁸⁴⁵ durante un tiempo, que proporciona apoyo con mayor intensidad al inicio pero cuyo fin es que éste sea mínimo de forma gradual. El método de empleo con apoyo en el propio puesto de trabajo, se dirige a personas con dificultades de inserción dentro de la empresa ordinaria. Este preparador⁸⁴⁶ interviene en el proceso de búsqueda de empleo, en el análisis del puesto y durante la fase de seguimiento. Para ello se realiza, previo a la contratación, un análisis de las tareas, la empresa, las condiciones laborales, formación requerida, condiciones ambientales, competencias, destrezas, relaciones sociales necesarias, etc., con el fin de realizar un adecuado ajuste persona- puesto que permita articular los apoyos necesarios. Esto dará lugar a un entrenamiento sin tiempo predefinido, individualizado que permitirá fortalecer las capacidades más relevantes de la persona y minimizar sus déficits. Los elementos del desempeño más afectados están relacionados generalmente con las relaciones sociales, la iniciativa, o la ansiedad asociada a las fase de incorporación y ritmo de producción.

El asesoramiento se realiza de forma consensuada con el trabajador y la empresa. La duración del apoyo y adaptaciones, habitualmente no es inferior a tres meses. Los apoyos necesarios para un óptimo resultado requieren intervención con el trabajador, la empresa, los actores del entorno no laboral (familia, red social) o en

⁸⁴⁵ Preparador laboral es el profesional que acompaña al trabajador con discapacidad a la empresa, en casos de dificultades de aprendizaje o de relación con los compañeros en el proceso de incorporación laboral. Entre sus funciones se encuentran la detección de necesidades y posibles obstáculos en la inserción o que pongan en peligro la permanencia en el empleo y el asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y proceso de adaptación al puesto de trabajo. Vid. ut supra apartado 6

⁸⁴⁶ El art. 2 del RD 870/2007 de 2 de julio que regula el empleo con apoyo lo define como el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

recursos sociosanitarios y puede ser presencial, formativa, telefónica o virtual (mediante correo electrónico)⁸⁴⁷.

12.2.4.4 Supresión de barreras

La supresión de barreras arquitectónicas es la forma de adaptación más obvia y con frecuencia, efectiva pero costosa⁸⁴⁸. Los principales beneficiarios son los usuarios de silla de ruedas, bastones o andadores y las personas con discapacidad auditiva o visual. Al suprimirlas se ha de asegurar que no se está perjudicando a otros colectivos (*ejemplo: bordillo con rampa útil para una persona con silla de ruedas, que elimina una indicación táctil útil para una persona ciega*)⁸⁴⁹.

También existen otro tipo de barreras, las barreras institucionales. Son otro tipo de barreras limitadoras, como por ejemplo determinadas pruebas o procedimientos de selección. No se debe utilizar una prueba, criterio de selección o política de empleo que prive a la persona con discapacidad de un posible trabajo a menos que dicha prueba criterio o política está directamente relacionada con las funciones esenciales del puesto en cuestión. Se debe evaluar la capacidad, no la discapacidad del potencial empleado. En este sentido recordamos el apartado referido al acceso al empleo público y las medidas que allí se comentaban.

El ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad se haya condicionado por el grado de accesibilidad de los entornos. La accesibilidad universal es “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas”, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban

⁸⁴⁷ SANCHEZ RODRÍGUEZ, O. CASTELLANOS ALCÁZAR, L. “Ergonomía psicosocial. Adaptación de puestos de trabajo y sistemas de apoyo para trabajadores con enfermedad mental: empleo con apoyo” en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, O, *Desarrollo Profesional e Inserción Laboral en personas con enfermedad mental*, Madrid, Grupo 5, 2012, pp. 441-449.

⁸⁴⁸ Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. En la Comunidad de Madrid Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas. Decreto 13/2007, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas.

⁸⁴⁹ HERNÁNDEZ GALÁN, J ((Dir.) *Accesibilidad universal y diseño para todos. Arquitectura y urbanismo*, 1ª edición junio, Madrid, Fundación ONCE para la cooperación e inclusión social de personas con discapacidad, Fundación Arquitectura COAM, 2011. Este manual recoge las pautas para la accesibilidad universal y el diseño para todos especialmente dirigido al diseño arquitectónico, urbano, transporte, sistemas de señalización y tecnologías de comunicación e información entre otras.

adoptarse⁸⁵⁰. Por tanto, vinculado a la accesibilidad universal se encuentra el diseño para todos y por su relevancia en el trabajo, la accesibilidad web.

Los ajustes razonables se plantean cuando falla el diseño universal. Se trata de una medida ya recogida por la OIT en 1983 pero que, en la práctica, no se ha implementado por su carácter jurídico indeterminado. Es necesario establecer medidas eficaces y prácticas para acondicionar el trabajo en función de la discapacidad, pero sin que resulte una carga excesiva para el empresario que no sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en las políticas públicas. Entendemos que esto es una llamada a las Administraciones competentes para establecer ayudas públicas y contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes. Se debería aprobar un Reglamento en el que se concretaran los tipos de ajustes, con posibles motivos y ejemplos. El aspecto más conflictivo vendrá a producirse cuando las adaptaciones requieran un cambio organizativo que entre en conflicto con horarios o redistribución de tareas de otros compañeros. Es muy interesante la Instrucción 5/2009, de 16 de diciembre, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se establece para la gestión de los informes relativos a la adecuación y adaptación de puestos de trabajo para personas con discapacidad donde debe constar la entidad empleadora, el puesto ofertado, la persona con discapacidad candidata a contratar o contratada y el pronunciamiento sobre la adecuación y adaptación del puesto.

12.3 Consideraciones especiales atendiendo a la discapacidad del trabajador

Dependiendo del tipo de discapacidad y limitación funcional de la persona pueden aparecer determinados desajustes relacionados con el trabajo cuyas medidas de adaptación o intervención podrían ser las que exponemos a continuación.

12.3.1 Discapacidad de origen físico y orgánico

Se considera que una persona tiene una deficiencia física cuando padece anomalías orgánicas en el aparato locomotor o las extremidades (cabeza, columna vertebral, extremidades superiores e inferiores). También se incluyen deficiencias del sistema nervioso que conducen a parálisis de extremidades superiores e inferiores, paraplejías y tetraplejías, y a los trastornos de coordinación de los movimientos,

⁸⁵⁰ Apartados k) del artículo 2 del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta norma recoge literalmente el apartado c) del artículo 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El apartado d) sin embargo es completado y así diferencia en el apartado K que el diseño universal no debe requerir la necesidad de adaptación ni diseño especializado.

entre otras. También se incluirían las referidas a las alteraciones de los aparatos respiratorio, cardiovascular, digestivo, genitourinario, sistema endocrino-metabólico y sistema inmunitario⁸⁵¹.

Una de las grandes dificultades de este grupo son los problemas de accesibilidad, especialmente de aquellos que tienen movilidad reducida y son usuarios de sillas de ruedas.

El colectivo de personas con discapacidad física representa el grueso de la población con discapacidad en España y sus niveles de inserción están muy marcados por el grado de afectación de su discapacidad. Así es comparativamente más fácil la inserción de las personas con una discapacidad física cercana al 33% si no existen factores de exclusión social frente a aquellas personas que tienen muy limitada su movilidad (típicamente aquellas personas con un grado de discapacidad superior al 66% de afectación)⁸⁵².

Las alteraciones en las articulaciones, ligamentos, tejido conectivo, musculatura y/o tejido nervioso puede dar lugar a limitaciones en la capacidad para andar, salvar desniveles, adoptar determinadas posturas (bipedestación, sedestación, permanecer de rodillas), realizar fuerza (empujar, tirar, levantar pesos, transportarlos), para alcanzar objetos y manipularlos o para manejar mecanismos de control u otras actividades.

Las personas con discapacidad motora pueden utilizar habitualmente distintos tipos de ortesis o prótesis que complementan o sustituyen uno o más segmentos del cuerpo. También pueden utilizar ayudas que aumentan su movilidad como sillas de ruedas, muletas, andadores. En relación al trabajo muchas de estas ayudas serán suficientes para realizar las tareas laborales⁸⁵³. Para favorecer la movilidad

⁸⁵¹ Se incluyen en el concepto de Discapacidad Física según el CRMF las siguientes enfermedades: amputaciones, epilepsia, tetraplejia, paraplejia, asma, trasplantes, cardiopatías y arritmias, portador de VIH (SIDA), enfermedad del hígado, deficiencias del riñón, diabetes, psoriasis, tumores, deficiencias articulares, migraña. "La percepción de las empresas sobre las personas con discapacidad física en el medio laboral" Diciembre 2013, p. 18.

⁸⁵² VVAA. *Estudio sobre ajustes razonables del puesto de trabajo...* op. cit. p.33.

⁸⁵³ Interesante consultar el catálogo del CEAPAT. El Centro Estatal de Referencia de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), creado por Orden Ministerial de 7 de abril de 1989, es un centro tecnológico dependiente del IMSERSO, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que está dedicado expresamente a potenciar la accesibilidad integral y el desarrollo de la tecnología. La misión del CEAPAT es contribuir a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, con especial atención a las personas con discapacidad y personas mayores, a través de la Accesibilidad, el Diseño para todos y la Tecnología de apoyo. Cuenta con cuatro delegaciones y amplia red de Centros de asesoramiento e información. El Centro ofrece servicio de información y asesoramiento técnico en accesibilidad y eliminación de barreras, domótica, turismo accesible y diseño integras; especificaciones técnicas en transporte accesible en diferentes modalidades y adaptaciones para la conducción; información y asesoramiento en productos de apoyo para la movilidad personal, comunicación, vivienda, trabajo, ocio y otras actividades de la vida diaria; bases de datos de

de las personas con discapacidad física, habría que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Eliminar la necesidad de cubrir largas distancias y ubicar el puesto de trabajo cerca de la entrada. Esto conviene tanto a usuarios de silla de ruedas como a los que caminan con dificultad o con ayuda de bastón, muletas, andadores, etc.
- Utilizar suelos y pavimentos uniformes, no deslizantes (tanto en condiciones secas como húmedas) y sin desniveles importantes. Evitar rejillas grandes en el suelo donde pueda enclavarse el extremo del bastón o muleta. Eliminar los objetos aislados, bordillos innecesarios umbrales de puertas excesivos y otros obstáculos que puedan suponer un riesgo de puertas excesivos y otros obstáculos que puedan suponer un riesgo de traspíe para la persona que camina o sean difíciles de suprimir por un usuario de silla de ruedas.
- Evitar en lo posible la necesidad de subir escaleras. No obstante las escaleras son mejores que las rampas largas o empinadas para las personas que caminan con dificultad (usuarios de muletas, personas con amputaciones, hemiplejía etc.). En una rampa se puede perder el equilibrio al descender y existe mayor riesgo en condiciones de humedad o escarcha. Los pasamanos de las escaleras deben ser resistentes y fáciles de agarrar, hay que evitar los decorativos y los demasiado grandes para ser agarrados con firmeza.
- Para la persona con movilidad reducida es crucial que las puertas y otras vías de paso sean suficientemente anchas y el lugar espacioso para maniobrar con ayudas técnicas como sillas de ruedas, muletas, etc... El espacio de trabajo inmediato debe tener la holgura suficiente para no restringir la movilidad del trabajador. Considerar también el espacio necesario en áreas comunes como aseos, ascensores, comedores, etc..
- En cuanto al alcance y manipulación de objetos y la utilización de mecanismos de control de quipos de trabajo sería importante considerar lo siguiente:
- Facilitar el alcance de los objetos de uso frecuente, cambiando la altura de trabajo, recolocando más cerca los objetos o conmutadores, subiendo o bajando estantes, añadiendo muebles de almacenamiento, utilizando soportes múltiples y giratorios para documentos y carpetas, etc.

productos, catálogo general de productos de apoyo, exposición, biblioteca, asesoramiento y evaluación para el acceso al ordenador, adaptación de puestos de trabajo, producción de adaptaciones de juguetes, pulsadores o interfaces, publicaciones, formación técnica y transferencia de conocimiento y experiencia, entre otras Su equipo está formado por técnicos de los campos de la arquitectura, ingeniería psicología, logopedia, terapia ocupacional, documentación y administración y dirección.

- Los objetos de uso ocasional puede alcanzarlos otra persona cuando no sea posible tenerlos al alcance. Cuando se planifica la distribución del puesto de trabajo y sus componentes, conviene considerar que el alcance hacia delante desde una silla de ruedas es menor que el alcance lateral, por la presencia del reposapiés. Por este motivo las instalaciones y muebles fijos que se deban alcanzar no deben ubicarse en la esquina de la habitación sino a cierta distancia de ella, la suficiente para permitir que el usuario de silla de ruedas se acerque de lado.

En cuanto a las dimensiones, las personas con movilidad reducida en los brazos y manos pueden requerir sistemas que facilitan la apertura de puertas pesadas así como tiradores fáciles de agarrar y manipular. Existen tiradores de puertas y armarios que pueden empujarse en vez de agarrarse o apretarse y girarse. Reducir el peso manipulado dividiendo la carga puede facilitar la labor. Se pueden utilizar ayudas para facilitar el levantamiento, transporte, arrastre, o empuje de cargas. Puede hacer falta restringir las tareas que requieran esfuerzo físico considerable, por ejemplo, en el caso de personas con resistencia general limitada por varios motivos.

Conviene recordar que las personas que utilizan una prótesis o miembro artificial tienen, en general, menor capacidad de aplicar fuerza y menor rango de movilidad en dicha extremidad. En estos casos, las palancas de mando suelen ser más fáciles de usar que los pomos y si están provistas de agujeros facilitan el uso por dedos de garfio que pueden incorporarse al extremo de un brazo artificial. Cambiar el modo de operación de los mandos de control de ciertos equipos es una opción muy útil. Por ejemplo, eliminar la necesidad de pisar mientras se está sentado montando un conmutador en la superficie de trabajo para ser activado por la mano. En otros casos puede hacer falta lo contrario: cambiar un interruptor manual por un pedal.

Existen diferentes herramientas de apoyo para partes del cuerpo, sistemas de fijación para dirigir el movimiento material utilizado durante la tarea y otros dispositivos que facilitan la manipulación. La necesidad de digitación (movimiento individual de los dedos) puede reducirse con equipos como grabadoras, botones de mando más grandes.... Pueden utilizarse distintos emuladores de “ratón” para equipos informáticos que se operan mediante movimientos de cabeza, de los labios, o del mentón.

En algunos casos se debe eliminar la influencia de condiciones ambientales desfavorables. Si se trata de personas con reumatismo, artritis y otras afecciones de las articulaciones corporales puede hacer falta evitar las corrientes de aire, las condiciones de humedad y frío y las vibraciones en el entorno ambiental, tanto las

generales como las que afectan a partes del cuerpo concretas y en todo caso evitar posturas restrictivas.

La Oficina de Prevención de Riesgos Laborales⁸⁵⁴ ha desarrollado una herramienta para completar y adaptar las actividades que integran el proceso de la evaluación de riesgos a las particularidades de los puestos que deban ocupar las personas con discapacidades físicas permanentes. Es aplicable para puestos de trabajo existentes donde sea preciso incorporar a una nueva persona, o reincorporar a una que ya lo ocupaba con anterioridad que presente una discapacidad física, preexistente o sobrevenida, que pueda requerir considerarlo como trabajador especialmente sensible a los riesgos existentes en el puesto de trabajo. La metodología se estructura en tres grandes fases de diagnóstico previo, gestión de riesgos laborales, y de análisis y planificación.

12.3.2 Discapacidad sensorial

Las personas con discapacidad sensorial se han visto beneficiadas por la existencia de una institución como la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE) que lleva a cabo una labor integral de personas con discapacidad sensorial desde hace muchos años y ha permitido que las tasas de empleo normalizado sean muy altas y que la sociedad tenga una visión muy positiva del colectivo⁸⁵⁵. La discapacidad sensorial incluye a personas que tienen una patología que afecta a los sentidos de la vista, del oído y del habla.

La ONCE es una Corporación de derecho público cuya misión es conseguir la autonomía personal y la plena integración social de sus afiliados. La venta del cupón es el medio de financiación de la ONCE y el medio de integración sociolaboral para muchas personas con discapacidad⁸⁵⁶. Cuenta con una Corporación Empresarial con un grupo de empresas que generan empleo para personas con discapacidad visual o con otras discapacidades⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ Foment del Treball *¿Cómo evaluar puestos de trabajo ocupados por personas discapacitadas físicamente? Una aproximación metodológica para evaluar los riesgos laborales*. Fundación Prevent, p.p. 33 y ss.

⁸⁵⁵ VVAA. Estudio sobre ajustes razonables del puesto de trabajo... op. cit. p.33.

⁸⁵⁶ El número de trabajadores de la ONCE a 31 de diciembre de 2012 era de 21.339 distribuidos de la siguiente manera: Ceguera total: 991; Deficiencia visual (afiliado): 6.555; Deficiencia visual (no afiliado): 1.570; Deficiencia auditiva: 1.360; Discapacidad miembros superiores: 2.284; Discapacidad miembros inferiores con marcha autónoma: 4.090; Discapacidad de miembros inferiores con marcha asistida de un bastón: 400; Discapacidad de miembros inferiores con marcha asistida de dos bastones: 419; Discapacidad de miembros inferiores con marcha asistida de silla de ruedas: 291; Discapacidad psíquica: 696; Discapacidad orgánica: 2.683.

⁸⁵⁷ En junio 2015, la ONCE contaba con 72.166 afiliados en total, un 44,54% mayor o igual de 65 años, un 42,77% con edades entre 31 y 64 años, un 7,39% entre 7 y 30 años, un 4,04% entre 6 y 16 años y un 1,27 % entre 0-5 años. El número de trabajadores a 31 de diciembre de 2012 de la Corporación era de 21.500 de los cuales el 8% eran trabajadores con discapacidad, 167 de ellos

La ONCE, es una entidad que se ha ido consolidando en España como un sistema público de carácter social, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y auto-organización, cuyos fines se dirigen a la consecución de la autonomía y plena integración de las personas con discapacidad, especialmente ciegas o con deficiencia visual. Su actividad está informada por la solidaridad, ausencia de ánimo de lucro y el interés general, pero se rige por su normativa específica propia y goza de un conjunto de autorizaciones públicas en materia de juego para la financiación de sus fines sociales.

Las campañas de la ONCE han conseguido favorecer la integración de personas con discapacidad, pero nos podemos plantear si se ha arrogado una competencia, que debe ser de la Administración. Históricamente ha desarrollado una labor de indudable interés público a través del juego pero ejerciendo una competencia relacionada con la asistencia social, de la que disfrutaban las CCAA. Por otra parte, corresponde al Estado, a través del Ministerio de Hacienda, ejercer la competencia para la autorización del desarrollo de todo tipo de apuestas que excedan los límites de una concreta comunidad autónoma. Teniendo en cuenta que la ONCE ejerce, además de sus funciones privativas de interés general, funciones delegadas de las Administraciones Públicas, prestando servicios sociales de interés general, puede que se esté convirtiendo en un grupo de presión que exceda sus competencias o entre en conflicto con los intereses de la población, porque, recordemos, la generación de empleo cuenta con exenciones y ayudas. Sería conveniente analizar si existe un afán de lucro o un verdadero interés social.

12.3.2.1 Discapacidad visual

En el campo laboral la discapacidad visual puede interferir con una tarea de trabajo sobre todo en relación con la comunicación mediante la escritura convencional, la manipulación o medición y la movilidad. Las intervenciones de adaptación deben ir dirigidas a favorecer tales funciones así como la accesibilidad general y la seguridad del sujeto⁸⁵⁸.

En general, son inadecuados los trabajos donde la escritura y la lectura sean esenciales y frecuentes, no obstante, se pueden solventar muchos problemas

afiliados y unos 1.500 personas con discapacidad física, sensorial y psíquica. También la ONCE tiene la Fundación ONCE y el Grupo Fundosa cuyo objetivo es integrar en la sociedad a las personas con otras discapacidades distintas a la ceguera a través del empleo y la formación. El número de trabajadores del Grupo Fundosa a 31 de diciembre de 2012 era de 9.500, de los cuales el 60% eran trabajadores con discapacidad física, sensorial y psíquica Datos obtenidos de REDONDO CIRUELAS, V. *Discapacidad y capacidad laboral en Medicina y Seguridad del Trabajo* [internet] Suplemento extraordinario nº1, 2014, pp. 192, 193.

⁸⁵⁸ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C., PAGE DEL POZO, A., FERRERAS REMESAL, A. Medidas de adaptación y recomendaciones...op. cit. pp. 194-198.

relacionados con la comunicación escrita utilizando impresiones grandes o mover el material escrito suficientemente cerca⁸⁵⁹.

Si va a realizar tareas manuales, manipular o medir objetos conviene considerar:

- Establecer métodos estándar para montar o manipular.
- Contar con indicadores táctiles o auditivos (ej. reloj con esfera móvil).
- Ubicar el puesto de trabajo cerca de áreas de comunicación y uso general (aseos), minimizar el ruido de máquinas, tráfico y otros sonidos extraños que puedan enmascarar la información auditiva.
- Complementar la información por texto o símbolos visuales con información verbal o sonora, vía interfono por ejemplo. Proporcionar señales auditivas adicionales en situaciones que normalmente se comunican mediante luces (ej.- subida y bajada de un ascensor, o la señal de parada de un semáforo de peatones).
- Utilizar contrastes en superficies y texturas para advertir información importante que ayude a la orientación y movilidad. Por ejemplo, usar marcas en el suelo de corredores y moletear la parte posterior de tiradores de puertas, palancas y barras de agarre como aviso de un área peligrosa. Resulta útil usar códigos de forma en mandos de control o en los extremos superior e inferior de un pasamano de escalera para indicar el último escalón.
- Usar números o letras convencionales grandes y en relieve (mejor color claro sobre oscuro) en mandos de ascensor y similares. No todas las personas saben utilizar Braille. Utilizar señales claras y legibles a una altura adecuada sobre el suelo y bien iluminadas, para las personas que conservan capacidad visual útil.
- Evitar determinadas condiciones de trabajo como los riesgos mecánicos o eléctricos, el material caliente, las herramientas cortantes y las superficies elevadas.
- Evitar determinadas condiciones de trabajo como riesgos mecánicos o eléctricos, el material caliente, las herramientas cortantes o las superficies elevadas.

⁸⁵⁹ Existen sintetizadores de voz para transformar información escrita en información oral, y ordenadores especiales con ventana Braille para leer el monitor mediante el tacto de los dedos. Hoy en día la tecnología ha avanzado mucho y existen novedosas ayudas en este campo.

- Evitar espacios atestados y favorecer la disposición simple organizada y bien planificada del entorno físico (ej. soluciones en ángulo recto). Conviene diferenciar claramente las áreas de circulación para las personas de las que se utilizan para el movimiento de productos, objetos, etc....
- Evitar en las vías de paso todo obstáculo inesperado, estacionario o móvil, que pueda alarmar o suponer un riesgo de tropiezo, lesión o accidente casual (ej. evitar la apertura de puertas hacia fuera en las vías de paso, los objetos que cuelgan bajos, los pilares, los escalones aislados, etc.) si no se pueden eliminar deben indicarse de manera especial con iluminación, contrastes de color o de textura, barandillas alrededor de niveles altos y aberturas en el suelo. Las puertas giratorias automáticas son difíciles de franquear. Las paredes de cristal y las puertas de corredera automáticas de cristal deben tener un campo de color o marca similar de contraste directamente al nivel de los ojos, y el lugar de entrada real debe indicarse claramente.
- Con la iluminación se deben evitar los reflejos que puedan deslumbrar .
- Utilizar muebles estables y robustos, con bordes y esquinas bien redondeados. Evitar las mesas circulares y las formas con curvaturas irregulares.
- Los suelos duros proporcionan indicaciones audibles al resonar y es una buena fuente de información.

12.3.2.2 Discapacidad auditiva

Las posibilidades de empleo dependen del nivel educativo adquirido y de la experiencia laboral⁸⁶⁰.

Al seleccionar un posible empleo conviene analizar cuidadosamente la situación, fundamentalmente en relación a los siguientes aspectos: trabajos que requieran agudeza auditiva (detectar fallos de funcionamiento en máquinas), tareas que requieran oír en persona o al teléfono, hablar en voz alta, y en contacto continuado con clientes o el público en general, exposición a condiciones ambientales de ruido elevado y continuo.

Algunas soluciones de adaptación para las personas con limitaciones auditivas en el ámbito laboral pueden ser:

⁸⁶⁰ Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Real Decreto 1720/2012, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1709/2011, de 18 de noviembre por el que se crea y regula el Foro de Cultura Inclusiva.

- Amplificar las señales audibles (teléfono, radio, timbre). Aunque siempre son preferibles las ayudas personales para evitar molestias a otros. Los auriculares con control de volumen en salas de conferencias son muy útiles.
- Utilizar señales visuales o táctiles para reforzar las audibles (destellos de luz cuando suena el teléfono).
- La información importante se debe proporcionar de forma oral y escrita. Colocar rótulos con información suficiente para orientar a una persona en distintos entornos y buena iluminación para facilitar la lectura labial.
- Para favorecer a las personas que utilizan prótesis auditivas, puede ser conveniente instalar un bucle de inducción en el lugar de trabajo. De esta manera el sonido procedente de ciertos aparatos (radio, TV...) se acopla al audífono mediante un enlace magnético, de forma que no se ve influido por el ruido ambiente y no hay necesidad de aumentar el volumen para oír la información en ambientes ruidosos⁸⁶¹.

12.3.3 Discapacidad intelectual

Un considerable número de personas con discapacidad cognitiva presenta adicionalmente, parálisis o dificultad para coordinar y controlar los movimientos, además de otras limitaciones de vista y oído. Fuera del entorno habitual pueden tener dificultades para orientarse en el espacio, percibir, comprender o interpretar información procedente de medios de señalización.

Una gran parte de personas con discapacidad intelectual pueden desarrollar trabajos útiles en distintos entornos. En general, no son aconsejables los trabajos que requieran: iniciativa personal, independencia, resolución de problemas o capacidad para reaccionar con rapidez, por ejemplificar.

Para facilitar el funcionamiento y el trabajo de las personas con este perfil se debe considerar:

- Disponer las instalaciones de forma simple y lógica.
- Favorecer el uso de sistemas de fijación o dispositivos guía para dirigir las operaciones manuales, sobretodo en tareas repetitivas.

⁸⁶¹ TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C, PAGE DEL POZO, A. , FERRERAS REMESAL, A. Medidas de adaptación...op. cit. pp. 198-201.

- Mantener ordenada la superficie de trabajo y las áreas de almacenamiento. Colocar los materiales según el orden y/o frecuencia de uso, y al alcance de la mano si es posible.
- Proporcionar direcciones claras y de un solo paso para realizar las tarea.
- Evitar los cambios frecuentes de actividad.
- Utilizar mandos de control de manejo sencillo e intuitivo.
- Utilizar información clara y fácil de comprender como ayuda a la orientación. Por ejemplo códigos de color simples, símbolos familiares y contrastes de textura para indicar distintos tipos de información. Evitar utilizar etiquetas con términos que puedan confundirse con otros similares.
- Ubicar el puesto de trabajo en áreas donde se limiten las posibilidades de distracción sin que ello suponga aislar a la persona.
- Utilizar suelos uniformes y evitar los obstáculos que puedan suponer riesgos de tropiezos.

Existen algunas ayudas especiales para mejorar la capacidad intelectual de la persona, que descomponen la tarea en una serie de procedimientos más simples que se describen con precisión: bases de datos que aportan la información que falta, algoritmos para resolver problemas y guiar procesos operativos, sistemas expertos que ayuden en la toma de decisiones⁸⁶².

12.3.4 Enfermedad mental

La OMS describe la salud mental como “un estado de bienestar en el que el individuo es consciente de sus capacidades, puede enfrentarse a las exigencias normales de la vida y trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de contribuir a su comunidad”⁸⁶³. La salud mental está condicionada por múltiples factores, entre ellos los de carácter biológico, individual, familiar, social o medioambiental. Se consideran enfermedades mentales los problemas psíquicos y la tensión emocional, las disfunciones asociadas con los síntomas de angustia y los trastornos psíquicos diagnosticables, como la esquizofrenia y la depresión⁸⁶⁴.

⁸⁶² TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C, PAGE DEL POZO, A. , FERRERAS REMESAL, A. Medidas de adaptación... op. cit. p. 201, 202.

⁸⁶³ Disponible en línea [<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/en/>].

⁸⁶⁴ Información disponible en línea [http://ec.europa.eu/health/archive/ph_determinants/life_style/mental/green_paper/mental_gp_es.pdf]. p. 4

El trabajo es importante respecto a la salud mental ya que un empleo seguro puede facilitar o restablecer el bienestar mental y la independencia, aunque también es cierto que la naturaleza exigente de los puestos de trabajo modernos puede incrementar los riesgos de problemas mentales (en lo que se ha denominado frecuentemente estrés laboral), lo que puede constituir un elemento que contribuya significativamente a los elevados niveles de bajas laborales y de discapacidad crónica en toda Europa⁸⁶⁵.

El coste de la deficiente salud mental de las personas es muy importante. La OIT lo sitúa entre del 3 y el 4% del PIB de la Unión europea, siendo la mayoría de estos costes externos al sistema de salud. Las enfermedades mentales son responsables de una importante pérdida potencial de trabajo, altas tasas de desempleo y una alta incidencia en las bajas laborales por enfermedad, así como de una reducción importante de la productividad en el trabajo.

En la situación actual, aproximadamente un 20% de la población en edad de trabajar en los países de la CEOE sufre algún tipo de desorden mental con diagnóstico clínico. Según las estimaciones realizadas en España, y el análisis de la evolución de las incapacidades laborales transitorias por causas psicopatológicas, éstas se han ido incrementando progresivamente⁸⁶⁶.

En los últimos años se han incrementado en muchos países los casos de baja laboral crónica debido a trastornos relacionados con el estrés⁸⁶⁷. Aunque los estudios realizados en esta área no dejan claro el concepto de los trastornos relacionados con el estrés, este término suele utilizarse para considerar problemas mentales, como la depresión o la ansiedad, o bien formas menos definidas de desestructuración del bienestar mental. Independientemente del diagnóstico preciso, el problema de la reincorporación laboral de las personas que sufren estos problemas está cambiando los planteamientos políticos, sobre todo porque las situaciones de baja laboral son cada vez más prolongadas, porque no se consiguen buenos resultados con las iniciativas para la reincorporación laboral y porque los

⁸⁶⁵ VVAA, *Salud mental en Europa: políticas y práctica...* Líneas futuras en salud mental, España, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007 p. 155. Disponible en línea: [<http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/saludMentalEuropa>].

⁸⁶⁶ VELÁZQUEZ, M. (Dir.) *La salud mental de las y los trabajadores*, Observatorio Vasco de Acoso Moral, Madrid, 2012, p. 78

⁸⁶⁷ Ya en 2006 el estudio sobre Stress Impact, puso de manifiesto que el estrés era la causa más importante de baja laboral (30% de todos los casos), mientras que en los países nórdicos había pruebas de una tendencia similar. Stress Impact. Impacto of Changing Social Structures on Stress and Quality of Life: Individual and Social Perspectives. Guildford: Department of Psychology, University of Surrey, 2006.

costes de las pensiones a las cuales tienen derecho las personas en situación de discapacidad crónica son cada vez más elevadas⁸⁶⁸.

En el caso de personas en las que ha desaparecido el vínculo con su puesto de trabajo ya que sufren enfermedades de tal gravedad que han permanecido al menos 12 meses en situación de baja laboral, es posible que ya no se reincorporen al mercado laboral. Estas personas se encuentran ante problemas como el estigma, la ignorancia y la discriminación.

Cuando analizamos los efectos psicológicos derivados del entorno del trabajo o de los cuadros derivados de accidentes de trabajo, todos presentan una característica común, cual es la existencia de algún tratamiento farmacológico prescrito por los médicos de atención primaria y carentes, casi todos ellos, de un estudio especializado de su estado de salud mental que estableciera un nexo causal y/o un diagnóstico etiológico correcto, más allá de la simple administración de un fármaco. Este criterio de administración indiscriminada de psicofármacos, represente un 3% del PIB de España, un gasto en salud mental sin un fundamento científico y sanitario claro, salvo la costumbre de escribir una receta, tal y como lo expresa el estudio “Diagnósticos y prescripciones en salud mental. Atención Primaria e incapacidad temporal laboral⁸⁶⁹.” La conclusión que el estudio arroja sobre el coste de estos comportamientos es un problema de organización que obligaría a establecer un cambio en el modelo de asistencia en atención primaria, sumando estímulos y no restando competencias de los profesionales implicados en la salud mental.

La salud mental se ha abordado con dos planteamientos diferentes: uno que trata de identificar los factores de trabajo que influyen sobre la salud mental con el fin de controlar los peligros mediante salud y seguridad laboral⁸⁷⁰, y otro más enfocado a la rehabilitación para conseguir la integración en el mercado laboral de las personas que sufren problemas de salud mental, que tiene en cuenta su diagnóstico pero centrada más en los ámbitos personal y social que laboral.

⁸⁶⁸ JARVISALO Y COLS, *Mental Disorders as a Major Challenge in Prevention of Work Disability: Experiences in Finland, Germany, the Netherlands and Sweden*, Helsinki, The Social Insurance Institution, Finland, 2005.

⁸⁶⁹ ARAÑA SUÁREZ, S.M. (Resp.) Estudio financiado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración mediante la Orden TAS/940/2007 de 28 de marzo (subvenciones para el fomento de la investigación en protección social (FIPROS)).

⁸⁷⁰ Estos estudios se basan en parámetros de bienestar mental más que en diagnósticos clínicos de enfermedades psiquiátricas; tienden a identificar y cuantificar los factores del puesto de trabajo y el bienestar mental, teniendo en cuenta aspectos generales de la salud mental y sus hallazgos pueden tener limitada relevancia respecto a la rehabilitación de personas con problemas de salud mental.

La OCDE alerta del grave incremento de los casos de depresión y ansiedad en el entorno laboral⁸⁷¹. Esto confirma el dato de la Comisión Europea sobre la prevalencia de este tipo de patologías (un 20 % de los trabajadores presenta problemas mentales como depresión o ansiedad en el entorno laboral y de la OMS u la Comisión Europea señalan que entre un 30% y un máximo probable del 50% de las solicitudes de pensión de invalidez en los países de la organización se deben a estos problemas mentales. Por ello recomienda a los Estados que incluyan en sus sistemas sanitarios estos trastornos más frecuentes, ya que aumentarían las oportunidades de las personas afectadas para mantener o encontrar un empleo.

En todos los estudios y análisis se considera que el lugar de trabajo puede ser un lugar privilegiado para la prevención de trastornos psíquicos la promoción de una mejor salud mental. La OMS estima que la depresión será la principal causa de incapacidad laboral.

En el Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar de 2008 se solicita la acción en cinco áreas, entre ellas en la prevención de la depresión y el suicidio y la salud mental en el entorno laboral⁸⁷² y la Conferencia de Berlín sobre Salud mental en el Trabajo se constata que las condiciones de trabajo en Europa han cambiado sustancialmente, ya que se demanda a los trabajadores mayor movilidad profesional, flexibilidad y presión psicológica. Se reconoce la necesidad de actuar sobre estos problemas ya que son un importante factor contribuyente de la baja productividad y absentismo del trabajo. Los costes de estos problemas recaen sobre los trabajadores directamente afectados y sus familias, sobre variadas instancias públicas, entre ellas las encargadas de sufragar los costes de las prestaciones por incapacidad laboral, desempleo y atención pública sanitaria.

El trabajo se considera intrínsecamente bueno para la salud mental y el bienestar y, además un buen clima laboral puede contribuir a la recuperación y promoción social de las personas con problemas de salud mental. Esto puede ayudar también

⁸⁷¹ OCDE *Sick on the job? Myths and Realities about Mental Health and Work*. Disponible en: [<http://www.oecd.org/els/emp/sickonthejob2011.htm>].

⁸⁷² Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar, aprobado por la Conferencia de alto Nivel de la UE en Bruselas el 12 y 13 de junio de 2008. Se insta a los que elaboran políticas, a los interlocutores sociales y a todos los actores interesados a tomar las siguientes medidas sobre la salud mental en el entorno laboral: Mejorar la organización laboral, la cultura organizativa y las prácticas de liderazgo para impulsar el bienestar mental en el trabajo y favorecer la conciliación de la vida laboral y la vida familiar. Desarrollar programas de salud mental y de bienestar que incluyan proyectos de evaluación y prevención de riesgos para situaciones que puedan tener efectos adversos en la salud mental de los trabajadores (estrés, comportamiento agresivo, como la violencia o el acoso en el trabajo, consumo de drogas o alcohol) y patrones de intervención temprana en el trabajo. Proporcionar medidas para apoyar la contratación, mantenimiento o rehabilitación y reinserción al trabajo de las personas con problemas de salud mental.

a la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, para un desarrollo sostenible⁸⁷³.

El artículo 32 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública ⁸⁷⁴, señala que la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo.

En el último estudio sobre “Enfermedades mentales derivadas del trabajo en España y su coste sanitario directo” de 2010 se reflejó que entre el 11 y el 27% de los trastornos y enfermedades mentales pueden ser atribuidos a las condiciones de trabajo, lo que representa la proporción de enfermedad que podría ser prevenida o evitada si la exposición al origen del daño no ocurriera⁸⁷⁵.

Una de las conclusiones de la Conferencia de Berlín (marzo, 2011) fue la necesidad de mejorar la cultura y organización del trabajo, reforzando los conocimientos y formación de los mandos intermedios para manejar y gestionar los problemas de estrés laboral y de adaptación del trabajo a las necesidades personales de los trabajadores, especialmente en los puestos de retorno al trabajo tras un largo período de incapacidad.

Las estrategias de políticas activas de empleo deben apoyar el retorno al mercado laboral a los trabajadores con problemas de salud mental. Los sistemas de seguridad social deben ser flexibles y permitir que estos trabajadores no se

⁸⁷³ VELÁZQUEZ M. “La salud mental de los trabajadores europeos” en COLLANTES, M. P. MARCOS. J. I *La salud mental del los.....* op cit. p. 70.

⁸⁷⁴ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. (BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24 e abril) rebaja los compromisos públicos adquiridos. En este sentido: MOLINA NAVARRETE, C. La protección de la salud mental de los trabajadores entre dos ánimas opuestas: “Garantía de la Ley de Salud Pública y “Recortes del Decretazo Sanitario” en COLLANTES, M.P. MARCOS, J. I. *La Salud Mental de los Trabajadores*”, p. 51.

⁸⁷⁵ Las incapacidades laborales por trastornos mentales y del comportamiento son más frecuentes en las trabajadoras que en los trabajadores. Y también más prevalentes en los trabajadores menos cualificados, peones y subalternos, sobre todo en las mujeres. En el extremo opuesto se hallan los ingenieros y licenciados. Se refleja que por categorías diagnósticas, el coste de la atención sanitaria a los trastornos por uso de sustancias es más de 35 millones de euros, y casi cuatro veces más en hombres que en mujeres. La atención a los trastornos de ansiedad, casi 15 millones de uros, mayor en el caso de las mujeres. Y le siguen la depresión y el estrés. CABRERO RODRÍGUEZ, G. (Resp.) GARCÍA GÓMEZ, M. (Coord.) Observatorio De Riesgos Psicosociales. UGT. *Enfermedades mentales derivadas del trabajo en España y su coste sanitario directo en 2010* p. 146. Disponible en línea: [http://www.tcmugt.es/web/PDFS/Salud_Laboral/Estudios/EnfermedadesMentalesTrabajo.pdf].

preocupen sobre la posibilidad de retomar las prestaciones sociales si el empleo no ha resultado adecuado. Se debe procurar que las empresas que emplean a estos trabajadores gocen de beneficios e incentivos para contratarlos a tiempo parcial y completo⁸⁷⁶.

La VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo del INSHT señala para la acumulación de carga mental, algunos de los siguientes riesgos: mantener un nivel de atención elevado, tareas muy repetitivas, tareas muy complejas, tareas con plazos estrictos y cortos, atención a personas ajenas a la empresa, realización de varias tareas simultáneas y utilización de ordenadores. El riesgo de trastorno mental se eleva en profesiones que soportan ritmo de trabajo muy altos, a lo que, con frecuencia, se asocia una baja discrecionalidad de destrezas, siempre dirigidas a su ejecución, sin posibilidad de participar en su planificación; pero también pueden darse todo tipo de trastornos mentales.

Todo padecimiento de orden psíquico puede tener lugar en el trabajo⁸⁷⁷, bien porque acompaña al trabajador que se incorpora, bien porque sobreviene por causas imputables al habitual desempeño laboral⁸⁷⁸. Realizaremos un breve comentario sobre alguno de ellos.

Los trastornos psicóticos no varían significativamente de una época a otra, de un pueblo a otro, y los que puedan producirse en el medio laboral obedecen a diferentes causas. Las más frecuentes serían las provocadas por exposición a factores químicos laborales como, por ejemplo, aquellos que cuentan entre sus componentes de acción con niveles significativos de mercurio, sulfuro de carbono, tolueno, arsénico o plomo. También son causantes de brotes psicóticos, o exacerbaciones de patologías psicóticas previas, el uso indiscriminado de algunos medicamentos o de sustancias psicoactivas (legales o ilegales) como el alcohol, las anfetaminas, la cocaína, el cannabis y algunos esteroides anabolizantes. Aunque no propiamente laborales, pero sí potencialmente agravados por el trabajo, pueden señalarse algunos estados psicóticos posparto⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ Dentro del ámbito laboral y enmarcada en las acciones del Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar, se programó en el año 2012 una campaña de inspección coordinada por el Comité Europeo de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, dirigida a los sectores de atención sanitaria, atención social, servicios y transporte. Para orientar las acciones de los inspectores se elaboró una "Guía de actuaciones sobre Riesgos Psicosociales" disponible en: [http://www.empleo.gob.es/itss/Atención_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentación/Documentación/Documentación_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf].

⁸⁷⁷ DÍAZ FRANCO, J.J Patología psiquiátrica en el medio laboral en COLLANTES, M.P, MARCOS, J.I, La salud mental de los trabajadores, Ed, La Ley, Madrid 2012. p 129-140.

⁸⁷⁸ Estos pueden ser trastornos psicóticos, cognitivos, neuróticos, por estrés laboral, por abuso de sustancias psicoactivas o trastornos autolíticos Teniendo en cuenta la DSM-IV-TR (Diagnostic and Statistical manual of Mental Disorders), de la Asociación Americana de Psiquiatría, comprenderían los trastornos clínicos, de personalidad, y los problemas psicosociales.

Los trastornos cognitivos relacionados con el trabajo están representados, fundamentalmente, por algunos desarrollos demenciales provocados por la exposición sistemática a pesticidas y herbicidas que provocan efectos orgánicos desfavorables en el sistema nervioso y, a largo plazo, deterioro significativo de la capacidad del trabajador para procesar la información⁸⁸⁰.

Al contrario que la psicosis, el número de neurosis va multiplicándose con las transformaciones de las estructuras sociales y la subversión de los valores. Por ello el medio laboral es escenario de muchas alteraciones neuróticas. Lo que es calificable de neurótico no sería tanto la pérdida o la elección de trabajo como la reacción del trabajador a la frustración⁸⁸¹.

Es estrés laboral es un estado que se acompaña de quejas o disfunciones físicas, psicológicas o sociales, como consecuencia de la incapacidad de los trabajadores sometidos a una presión intensa para cumplir con las exigencias o las expectativas puestas en ellos⁸⁸². Se ha observado que el estrés laboral es un fenómeno multifactorial. Los factores del puesto de trabajo asociados con niveles elevados de estrés son los siguientes⁸⁸³: exigencia laboral elevada; bajos niveles de control, ambigüedad y falta de claridad respecto a las funciones laborales, mantenimiento de responsabilidad sobre las personas, falta de participación en los procesos de toma de decisiones, sobrecarga de trabajo cuantitativa y cualitativa, estilo de mando, es decir, falta de conocimiento de los resultados del trabajo o reacciones persistentemente negativas al trabajo, mala comunicación en el puesto de trabajo, horarios laborales prolongados o irregulares, inseguridad en el empleo. Además de estos factores, influyen el nivel de apoyo social en el puesto de trabajo, el estilo de superación del trabajador individual, el grado de responsabilidad del trabajador y su situación socioeconómica. El estrés general y el estrés laboral en particular pueden influir en otros aspectos del bienestar distintos de la salud mental; se ha demostrado adecuadamente la existencia de relaciones entre el estrés laboral y

⁸⁷⁹ DÍAZ FRANCO, J.J. "Patología psiquiátrica en el medio laboral" en COLLANTES, M.P, MARCOS, J.I, *La salud mental...*op. cit. p. 133.

⁸⁸⁰ *Ibíd*em, p. 133.

⁸⁸¹ *Ibíd*em, p 134.

⁸⁸² Acuerdo europeo de estrés laboral fue firmado el 8 de octubre de 2004 con el objetivo de proporcionar un marco a los empresarios y trabajadores para identificar y prevenir y tomar las medidas necesarias con respecto los problemas de estrés relacionados con el trabajo.

⁸⁸³ Para conocer con mayor detalle la relación entre el estrés laboral y la salud mental, la UE lleva a cabo proyectos de investigación con revisiones exhaustivas de la bibliografía relativa al estrés y la salud mental. Entre ellos se encuentran los siguientes estudios D'Amato y Zijlstra (2003), Joensuu y Lindstrom (2003), Van den Bossche y Houtman (2003), y Clarkin y Wynne (2003). Cox y cols. (2000) citados en COLLANTES, M.P, MARCOS, J.I, *La salud mental...*op. cit. p. 158.

una amplia gama de parámetros de salud física (por ejemplo, relativos a los sistemas cardiovascular, digestivo, inmunológico y endocrinológico), y un elevado número de indicadores laborales, como el rendimiento en el trabajo, el grado de satisfacción con el trabajo, las bajas laborales y la moral de los trabajadores⁸⁸⁴.

Respecto a los trastornos por abuso de sustancias, la etiología es multicausal ya que intervienen factores personales, socioeconómicos, laborales, culturales, farmacológicos y psiquiátricos.

Algunas profesiones y oficios exponen al consumo exagerado de alcohol como es el caso de los obreros de la construcción o los trabajos realizados en atmósferas calientes, o el de las relaciones públicas y agentes comerciales o el de personal de restaurantes, cafeterías, bares y discotecas, o el de los agentes de mudanzas o repartidores. Aunque se puede dar en trabajadores de cualquier oficio, sexo, clase social o jerarquía⁸⁸⁵.

En cuanto a los trastornos autolíticos, pese a que en las estadísticas del INE no consta la ocupación de las personas suicidadas en las tres cuartas partes de los casos, sí puede afirmarse que la tasa de suicidios entre los médicos (especialmente psiquiatras, anestesistas y odontólogos) es de dos a tres veces mayor que en la población general; también que el colectivo de técnicos y profesionales científicos e intelectuales y el de las Fuerzas Armadas representan, relativamente, dos altos exponentes de correlación entre actividad profesional y suicidio. Por último, el mayor número de suicidios se da en población inactiva y, de los activos, es el sector terciario el que acumula más incidencia⁸⁸⁶.

La protección de la salud se extiende no sólo a su vertiente física sino también a la psíquica. A pesar de que en España los desórdenes mentales no figuran en el vigente cuadro de enfermedades profesionales y por tanto, en ningún caso pueden admitirse como tales, la aplicación del art.115 LGSS permite que, cuando se prueba que la enfermedad se debe exclusivamente al trabajo, sea indemnizada como accidente. Es una obligación de cualquier empresa preservar la salud de los trabajadores frente a cualquier tipo del hecho que, en el marco de la prestación de sus servicios, pueda no ya lesionar activamente su integridad física, sino potencialmente poner en peligro su patrimonio físico o psíquico⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ Salud mental en Europa: políticas y práctica.... op. cit. p. 328.

⁸⁸⁵ *Ibíd*em, p. 136.

⁸⁸⁶ *Ibíd*em, p. 138.

⁸⁸⁷ STSJ Andalucía, con sede en Granada Citada en [http://www.ugt.es/saludlaboral/observatorio/publicaciones/cuader_guias/2006_Guia_Estres_Laboral.pdf].

El estrés es un riesgo psicosocial a prevenir en el marco de la LPRL. De no hacerlo, se incurre en incumplimiento grave, no sólo de la LPRL sino también del contrato de trabajo, conforme al art. 50 ET⁸⁸⁸. El estrés no sólo produce enfermedades psíquicas sino que también puede provocar enfermedades físicas, incluso la muerte, por patologías con alto índice de mortalidad.⁸⁸⁹ Que el estrés no venga provocado directamente por el trabajo sino por el ambiente generado en la empresa no impide calificar como laboral la enfermedad que sobrevenga⁸⁹⁰.

Que no haya una situación de acoso laboral no quiere decir que no se produzca una situación de estrés ocupacional, que permite también demandar a la empresa⁸⁹¹.

El suicidio por estrés laboral puede considerarse como accidente de trabajo. Esta consideración no es automática y obliga a considerar la conexión existente entre la conducta de suicidio y las circunstancias de trabajo en cada caso concreto⁸⁹².

⁸⁸⁸ La STSJ Canarias, 31 de mayo 2001 (Rec. 1099/1999), señala que “el estrés es un riesgo de origen psicosocial reconocido por la OMS y las instituciones europeas comunitarias así como por el Acuerdo Europeo sobre el Estrés laboral. Este Acuerdo, pese a su carácter obligacional, esto es, sin fuerza normativa directa para generar compromisos empresariales, marca importantes pautas en lo que se refiere a las acciones de prevención y reducción de estrés”.

⁸⁸⁹ STSJ, Las Palmas de Gran Canaria, 9 diciembre de 2005 (Rec. núm. 819/2003) “lo cierto es que el accidente cerebral puede ser producido por el continuo “stress” y tensión acumulada de todo conductor de vehículos. Por ello, mas que quedar roto el nexo causal entre el trabajo y la lesión, la Sala entiende que existe relación de causalidad entre su actividad laboral y la enfermedad que tuvo el fatal desenlace”.

⁸⁹⁰ En la STSJ Extremadura, 1 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 579/2005) se señala “como tampoco obsta a la consideración de la contingencia laboral que la situación que ha determinado la enfermedad no sea el trabajo en sí, es decir, las tareas que desarrollaba en su puesto, sino el ambiente en que las desarrollaba, por ejemplo, su relación con los compañeros, pues ese ambiente también forma parte del trabajo; es más, en la mayoría de las ocasiones el accidente de trabajo no se ocasiona por el desarrollo normal de la actividad laboral, sino de una ejecución anómala de la misma, anomalía que puede venir determinada por el propio trabajador, por la empresa, por compañeros de trabajo o, incluso por extraños a la relación laboral”.

⁸⁹¹ En la STSJ Cataluña de 2 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 1189/2005) se recoge “aún cuando la Sala comparte- por lo razonado- el criterio de la Juzgadora de instancia respecto a que la situación vivida por el trabajador demandante no puede calificarse como de acoso laboral, no le cabe duda respecto a la existencia de relación de causalidad entre las descritas irregularidades empresariales, la fuerte tensión y el estrés que como consecuencia de aquellas el demandante hubo de soportar, y la sintomatología depresiva, que tras la evolución que se relata ha culminado en una situación de incapacidad en el grado de absoluta para todo trabajo, que le ha reconocido el INSS, por lo que concurriendo los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico -artículo 115 LGSS- para la calificación jurídica del padecimiento del demandante como accidente de trabajo, sin perjuicio de la desestimación de la demanda de origen de las presentes actuaciones, podrá ejercitar la acción pertinente de reclamar dicha calificación.

⁸⁹² TSJ Extremadura, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 2010. En sus fundamentos de derecho recuerda entre otras la STS de 25 de septiembre de 2007 (Rec. 5442/2005) “Si bien es cierto que la presunción de laboralidad del actual art. 115.3LGSS puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce a

Las personas con problemas de salud mental tienen una especial dificultad en su integración laboral debido a la presencia de tres factores⁸⁹³:

- a) El tratamiento farmacológico, cuyos efectos secundarios generan deterioro cognitivo en el enfermo así como una merma en sus habilidades para el desarrollo de una actividad remunerada.
- b) La pérdida de hábitos de trabajo, falta de motivación o miedo hacia experiencias potencialmente frustrantes⁸⁹⁴.
- c) Las actitudes de estigmatización, discriminación y falta de respeto hacia los que sufren alteraciones o discapacidades mentales que se traduce, en el orden sociolaboral, en una barrera de acceso al empleo y la ocupación, así como una causa de extinción de la relación laboral.

Las personas con enfermedad mental cuentan con dos dificultades, el acceso al empleo y su mantenimiento, de ahí la relevancia del empleo con apoyo (vid. supra apartado 6). Existe abundante bibliografía que trata este tema⁸⁹⁵

12.4 Adaptación en las convocatorias de empleo público

Recordemos que uno de los mecanismos más utilizados para conseguir la integración laboral es el establecimiento de cuotas de reserva para puestos de trabajo en empresas y Administraciones públicas ⁸⁹⁶. En este apartado

veces por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo”.

⁸⁹³ Estos factores vienen recogidos en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*. Madrid, Reus., 2009, pp. 11 y 12.

⁸⁹⁴ Sindicat de Greuges de la Comunitat Valenciana. Situación de la personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias. Informe Especial de las Cortes Valencianas, p. 686. Disponible en: [http://www.sdg.gva.es/Salud_Mental_c.htm].

⁸⁹⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M^o R., “Reflexiones en torno al acuerdo marco europeo sobre el estrés en el trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2004; MONJAS BARRENA, M. “Extinción causal por incumplimiento empresarial del deber de protección de la salud del trabajador: del estrés laboral al trastorno ansioso depresivo moderado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2005. MANZANO SANZ, F., Boletín de Prevención de Riesgos Laborales, tomo I; RABANAL CARBAJO, P. “Accidente de trabajo. El estrés como factor de riesgo, STSJ y AP y otros Tribunales”, *Aranzadi*, núm. 2, 2000, VELAZQUEZ, M. La salud mental de las y los trabajadores, Observatorio Vasco de Acoso Moral, Madrid, 2012, y la bibliografía en él referenciada.

⁸⁹⁶ Vid. *ut supra* apartado 5.2.

analizaremos las medidas concretas de intervención para que el acceso a estas plazas y el ejercicio laboral efectivo sea posible.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁸⁹⁷ señala en su Exposición de Motivos la preocupación por garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, lo que no es incompatible con abrir el empleo público a personas con discapacidad, entre otras. Como ya se señaló en apartados anteriores el art. 59 de esta Ley dedicado a las personas con discapacidad⁸⁹⁸ describe que en las ofertas públicas de empleo se reservará un cupo no inferior al siete por 100 de las vacantes para personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por 100 de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del siete por 100 se realizará de manera que, al menos, el dos por 100 de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad⁸⁹⁹. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad⁹⁰⁰.

En el acceso al empleo público se contemplan dos tipos de ajustes: la reserva de plazas y las adaptaciones.

La reserva de plazas viene regulada en RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad⁹⁰¹, incorpora la adopción de medidas de adaptación

⁸⁹⁷ BOE núm. 89 de abril de 2007.

⁸⁹⁸ Modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184 de 02 de agosto de 2011).

⁸⁹⁹ Se recoge así la propuesta realizada por el CERMI (este organismo también considera que si las plazas reservadas y que han sido cubiertas por personas con discapacidad, no alcanzan la tasa del 4% de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumulen al cupo del 7% de la oferta siguiente, con un límite máximo del 15%).

⁹⁰⁰ Apartado 2 del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁹⁰¹ BOE núm. 303 de 17 de diciembre de 2004. Este real decreto, tiene como objetivo fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, sin perjuicio de la igualdad de condiciones de acceso que debe imperar entre los candidatos a la cobertura de puestos de empleo público. Para ello se reservará un cinco por 100 de las vacantes en las convocatorias de ingreso libre previstas en la oferta de empleo público. También establece la posibilidad de convocar

de medios en el desarrollo del proceso selectivo y en el lugar de trabajo, aportando a los aspirantes los medios materiales y humanos, los productos de apoyo y las tecnologías asistidas que precisen para la realización de las pruebas que conforman los procesos selectivos.

12.4.1 Medidas en el desarrollo del proceso selectivo: tiempos y medios

El derecho de las personas con discapacidad a concurrir a convocatorias de empleo público, viene reflejado en el artículo 59.3 EBEP, de modo que cada administración pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios en el proceso selectivo⁹⁰². El RD 2271/2004 exige que la administración convocante indique expresamente la posibilidad de introducir adaptaciones, así como que los interesados deberán formular, sin estar obligados a ello, la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación. En ella el participante indicará que ajustes o qué adaptaciones de medios o de tiempos necesitará para desarrollar adecuadamente las pruebas. Ante este tipo de peticiones, los órganos de selección tienen la facultad de requerir informe, y en su caso, la colaboración de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria, o de los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El órgano técnico conocerá las exigencias de las pruebas y los medios disponibles aceptados por el órgano de selección así como las capacidades del aspirante. En el informe el órgano técnico deberá resolver sobre la idoneidad de adecuar la prueba y tiempos recomendados así como de las consideraciones técnicas. El concursante es el obligado a identificar con claridad los ajustes o adaptaciones que requiere de modo que las solicitudes vagas o inconcretas no podrán perjudicar a la administración convocante⁹⁰³ pero la omisión de medidas de adaptación solicitadas e identificadas por el aspirante con discapacidad dará lugar a la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que aquéllas se denegaron⁹⁰⁴, sin que sea posible soslayar dicha retroacción mediante el “cálculo”

de forma independiente estas plazas reservadas. Con fecha 9/11/2013 se encuentra sometido a consultas del Consejo Nacional de la Discapacidad una actualización normativa que da respuesta a la demanda del CERMI, disponible en línea

[<http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=4827>]. Este organismo plantea que RD haga referencia y se extienda a personas con cualquier tipo de discapacidad, y no se limite exclusivamente a las personas con un grado reconocido de discapacidad del 33%.

⁹⁰² Con esta regla el EBEP otorga cobertura legal al RD 2271/2004, de 3 de diciembre, regulador del acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad en la administración central que amplió los derechos sobre adaptaciones recogidos en el RGI consecuencia de la Ley 53/2003 de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados y la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad.

⁹⁰³ STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005 (Rec. núm. 709/2003) sobre la ampliación del tamaño de la letra del cuestionario ante un aspirante con problemas visuales.

de los hipotéticos resultados que se habrían obtenido de haberse concedido las adaptaciones.

Si, debido a la discapacidad, la persona presenta dificultad para realizar las pruebas selectivas, ésta tiene la opción de solicitar tiempo adicional para realizar el ejercicio⁹⁰⁵. Para su cálculo se tiene en cuenta la prueba de que se trata, la deficiencia de la persona con discapacidad tal y como aparece en el Dictamen Técnico Facultativo⁹⁰⁶, el porcentaje de limitación reconocido en el Dictamen Técnico Facultativo, la duración oficial de la prueba selectiva, si es oral o escrita, la adaptación de los medios disponibles. Si la persona tiene más de una deficiencia, se puede repetir el proceso y acumular los tiempos adicionales. Como máximo se concederá el doble del tiempo normal para la realización de la prueba. Se trata de “criterios generales”, pero qué duda cabe que serán seguidos en la mayoría de los casos a la hora de establecerse el tiempo adicional de realización, entre otras cosas porque como señala la Orden, los criterios permitirán adoptar las “decisiones más idóneas en condiciones de igualdad”. Ahora bien, en previsión de que el anexo no sea totalmente exhaustivo la Orden señala que los órganos de selección resolverán, en todo caso, los supuestos no incluidos en la misma, de conformidad con los principio de legalidad y equidad⁹⁰⁷.

La adaptación de tiempos no se otorgará de forma automática sino únicamente en aquellos casos en que la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar, correspondiendo a los órganos de selección resolver la procedencia y concreción de la adaptación en función de las circunstancias específicas de cada prueba selectiva.

El Dictamen técnico facultativo es fundamental para conocer qué porcentaje de tiempo adicional se podrá conceder a cada solicitante en cada ejercicio y siempre que haya correlación entre la prueba a realizar y la discapacidad acreditada,

⁹⁰⁴ SAN, Sala Contencioso-Administrativa de 17 de marzo de 1998 Rec. núm. 2162/1995) ordena que “se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al segundo ejercicio para que el Tribunal, en vista de la solicitud de la recurrente y del grado y tipo de minusvalía acreditada, decida sobre la adopción de las medidas de adaptación del segundo ejercicio que procedan y, en caso de superar el ejercicio, sea incluida en la relación de aprobados, con los mismos efectos económicos y administrativos y contados desde la misma fecha que los demás participantes.”

⁹⁰⁵ El cálculo de los tiempos adicionales en las pruebas selectivas vienen establecidos en la Orden PRE/1822/2006 de 9 de junio. En su Anexo se prevén las ampliaciones específicas de tiempo en base a los tipos de deficiencias acreditadas.

⁹⁰⁶ A estos efectos, el Dictamen debe incluir la deficiencia (en sentido médico) o afección que ocasiona el grado de discapacidad y el diagnóstico (es decir, la enfermedad con su etiología y origen de la misma). Por ejemplo: Deficiencia: pérdida de la agudeza visual grave; diagnóstico: alteración sensorial, etiología: sufrimiento fetal.

⁹⁰⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R., y PERÉZ PÉREZ, J. “La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad”op. cit. p. 89.

puesto que existen discapacidades que no suponen adaptación por el propio contenido de la prueba⁹⁰⁸.

Para garantizar que la persona con discapacidad pueda realizar la prueba selectiva, curso de formación o prácticas en condiciones de igualdad, se adaptará la prueba a sus necesidades. Para ello se podrá a disposición del aspirante los medios materiales y humanos, a asistencia de productos de apoyo y/o tecnología asistida que precise. También se garantizará la accesibilidad de la información y la comunicación de procesos así como del recinto o espacio físico donde se desarrollen.

En cuanto a las adaptaciones de medios, cabe distinguir entre cuatro tipos de discapacidades:

- aquellos que precisan adaptación por discapacidad visual
- aquellos que precisan adaptación por discapacidad auditiva
- aquellos que precisan adaptación por barreras físicas
- aquellos que precisan facilidades sólo si es necesario durante el tiempo de exámenes.

No es discutible la necesidad de una máquina de mecanografía en Braille para ciegos o, en su caso, de un intérprete de lengua de signos y/o la adaptación escrita de las preguntas para los aspirantes sordos que lo necesiten⁹⁰⁹; Tampoco parece que lo sean otras adaptaciones frecuentemente solicitadas, como es el caso de sillas o mesas especiales o bien la atención especializada en la transmisión de las instrucciones de realización del ejercicio⁹¹⁰.

Para la gestión de adaptaciones de medios especializadas, el Instituto Nacional de Administración Pública colabora con algunas organizaciones como la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) que facilita a todos sus afiliados, tanto la transcripción de Braille o de Braille a tinta, como los medios informáticos o la Confederación Estatal de Personas Sordas de España que facilita a través de convenio con el Ministerio de Educación los servicios de intérpretes de Lengua de Signos.

⁹⁰⁸ Por ejemplo, en pruebas escritas no se contempla adaptación por laringectomía, y sin embargo sí es necesaria adaptación de tiempo en pruebas de carácter oral.

⁹⁰⁹ FERNÁNDEZ-CUERVO ARROYO, A., "Normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acceso a su Función Pública, con especial referencia, en su caso, a las relativas al acceso al empleo público de las personas con discapacidad" en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo público* 1985-1999, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002 p. 18.

⁹¹⁰ *Ibíd*em, p. 32 y 87.

La Ley 27/2007, de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. En esta Ley rige el principio de libertad de elección en la forma de comunicación por parte de las personas sordas cualquiera que sea su discapacidad auditiva o sordociegas, pues la lengua trasciende los ámbitos personales y se convierte en una herramienta ineludible para la vida en sociedad; se reconoce las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y aquellas que son sordas y ciegas a la vez. Las Administraciones Públicas facilitarán las comunicaciones a través de la prestación de servicios de intérpretes de lengua de signos, adaptación que se realiza tanto durante el proceso selectivo de acceso al empleo público como en el desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo.

Las pruebas selectivas podrán completarse con la superación de cursos o con periodos de prácticas (art. 61.5 EBEP). El derecho a adaptaciones se ejercerá tanto si se concursa por turno libre⁹¹¹ como por turno reservado y las adaptaciones se aplicarán también a las convocatorias de personal temporal⁹¹².

Lo cierto es que, al igual que sí existe una disposición específica de tiempos (Orden PRE/1822/2006), no se encuentran disposiciones específicas de medios, de ahí la importancia de los informes técnicos de la administración laboral, sanitaria o de los órganos del Ministerio de Trabajo. El Tribunal Supremo ha señalado que las adaptaciones de medios no deben consistir en una reducción, por ejemplo, del esfuerzo a realizar en las pruebas de aptitud física cuando se entienda que la realización del esfuerzo necesario para el desempeño de la función⁹¹³.

Para estimar la procedencia de la concesión de las adaptaciones solicitadas, se solicitará al candidato el correspondiente certificado o información adicional. La adaptación no se otorgará de forma automática, sino únicamente en aquellos casos en que la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar.

12.4.2 Medidas en la adjudicación del destino y la plaza

También es importante señalar que en los procesos de acceso a personal funcionario, se da preferencia en la elección de destino a los aspirantes con discapacidad, siempre que se justifique por razones territoriales, de dependencia

⁹¹¹ STS de 5 de mayo de 2008 [JUR/2008/185402], SAN de 17 de marzo de 1998 [RJCA1998/846]

⁹¹² Art. 6.2 RD2271/2004.

⁹¹³ STS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006/2372) citada en ESTEBAN LEGARRETA, R., y PERÉZ PÉREZ, J. La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad.....op. cit. p.90.

personal o análogas. Con ello se pretende evitar que la inadecuación de un destino los condicionamientos que la discapacidad provoca tenga como resultado la no incorporación del candidato que haya superado las pruebas a un puesto.

Cuando la persona con discapacidad consigue la plaza a la que optaba, tiene la posibilidad de solicitar que se le adapte su puesto de trabajo conforme a sus necesidades. El encargado de la valoración, la realización y la financiación de las adaptaciones necesarias será el ministerio u organismo al que esté adscrito el puesto sin perjuicio de las subvenciones y otro tipo de ayudas que se puedan aplicar a esta finalidad.

Siguiendo los principios inspiradores del art. 1 de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas, las personas con discapacidad tendrán facilidad de acceso a la formación, la posibilidad de realizar cursos específicos para integrarse o para promocionar en puestos ordinarios, o proyectos especiales de apoyo a la integración.

La persona con discapacidad podrá solicitar la alteración del orden de adjudicación de plazas por motivos de dependencia personal o dificultades de desplazamiento. Las herramientas de adaptación o productos de apoyo se analizarán en apartado posteriores.

En la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de la Función Pública, se convoca proceso selectivo para ingreso como personal laboral fijo, con categoría de Ayudante de Gestión y Servicios Comunes -Ordenanza-, para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual⁹¹⁴.

La convocatoria tiene una transcripción en lectura fácil⁹¹⁵. Si alguno de los candidatos admitidos necesita mesa adaptada a silla de ruedas, deberá comunicarlo al Tribunal a efectos de la distribución por aulas. Se facilitan números de teléfono y dirección de correo electrónico para ponerlo en conocimiento antes de un plazo. Sin embargo, no se estima necesario conceder más tiempo, a aquellos que lo han solicitado, pues por el tipo de ejercicio ya se ha tenido en cuenta esta circunstancia, y con sesenta minutos para 25 preguntas están incluidos todos los supuestos de adaptación previstos. Tampoco se considera necesario conceder la adaptación de silla para zurdos al tratarse de pupitres corridos que valen igual para diestros que para zurdos⁹¹⁶. En otra nota informativa se recuerda a los

⁹¹⁴BOE 25 septiembre 2013.

Disponible en línea [<https://www.boe.es/boe/dias/2013/09/25/pdfs/BOE-A-2013-9951.pdf>]; Datos de la Convocatoria: http://www.seap.minhap.gob.es/es/servicios/empleo_publico/procesos-selectivos/laboral_fijo/Laborales_2012_13/Discapacidad-intelectual.html].

⁹¹⁵ Disponible en línea

[http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/servicios/empleo_publico/procesos-selectivos/laboral_fijo/Laborales_2013/Discapacitados_Intelectuales/convocatoria-L].

aspirantes admitidos que el día, la hora y el lugar del llamamiento, así como la hora de acceso para poder localizar el aula. En la misma se indica que se permite el acceso de un acompañante por persona.

12.5 Garantía y límite de los derechos de las personas con discapacidad

La Sección 1ª. Disposiciones generales (arts. 35-39) del TRLGDPD comienza con el art. 35 que contempla las garantías del derecho al trabajo de las personas con discapacidad y adapta el artículo 37 de la LISMI⁹¹⁷. En él se introduce la transposición del artículo 2 párrafos 3 y 4 de la Directiva 2000/78/CE y se reconoce el derecho al trabajo garantizando la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad. Esta garantía se rige por lo señalado en el Capítulo y en su norma específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta. El artículo identifica diferentes tipos de discriminación. Reconoce a las personas con discapacidad como ciudadanos libres y titulares de derechos, entre ellos la toma de decisiones. Prohíbe la discriminación en cualquier tipo de manifestación: directa, indirecta, por asociación y acoso en materia de trabajo y empleo.

Existe discriminación directa cuando una persona discapacitada es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Se trata de discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación

⁹¹⁶ Disponible en línea

[http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/servicios/empleo_publico/procesos-selectivos/laboral_fijo/Laborales_2013/Discapacitados_Intelectuales/Nota-informativa-adaptaciones/Nota%20informativa%20adaptaciones.pdf].

⁹¹⁷ En su nueva redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social. En su art. 38 modifica la Ley 13/1982 (LISMI), redactando el art. 38 e introduciendo un nuevo art. 37 bis. Dicha Ley 62/2003 se adapta formalmente al contenido de la Directiva 2000/78/CE, aunque realizando una transposición de mínimos. Dicha legislación procede a copiar de forma prácticamente automática, las definiciones de discriminación, directa, indirecta y de acoso incluidas en las directivas de igualdad racial, e igualdad en el empleo.

concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión.

Por ello, se entienden nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo. Se hace referencia al acoso por razón de discapacidad y se incluye la prohibición absoluta de discriminar a personas por motivo de su discapacidad.

El artículo 36 define la igualdad de trato, y esta se produce cuando hay ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo estamos ante la presencia de igualdad de trato (art. 36 que incorpora así los artículos 1 y 4 de la Directiva 2000/78/CE)

La Directiva 2000/78/CE prevé la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad⁹¹⁸. La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad⁹¹⁹. La Directiva 2000/78/CE no obliga a contratar, ascender, mantener en puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes para las personas con discapacidad⁹²⁰. Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de tiempo de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre⁹²¹. Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda⁹²².

⁹¹⁸ Directiva 2000/78/CE Considerando sexto

⁹¹⁹ *Ibidem*, Considerando decimosexto

⁹²⁰ *Ibidem*, Considerando decimoséptimo

⁹²¹ *Ibidem*, Considerando vigésimo

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades⁹²³.

Una de las cuestiones más debatidas en el momento de aprobación de la Directiva 2000/78/CE fue si la negativa a la realización de ajustes razonables había de contemplarse como una conducta discriminatoria. El art. 5 contempla las definiciones de discriminación directa e indirecta. La realización de ajustes razonables juega un papel preponderante en la apreciación de situaciones de discriminación⁹²⁴.

13 Determinación de la incapacidad laboral, discapacidad y dependencia

En este apartado queremos describir el proceso para la determinación de los estados anteriores porque la valoración, los baremos aplicables y los organismos

⁹²² AIELLO, A. L., ASÍS ROIG, R., BARIFFI, F. J., CAMPOY CARVERA, I., PALACIOS RIZZO, A.,: "III El alcance de la accesibilidad universal y los ajustes razonables", en *Sobre accesibilidad universal en el Derecho, Cuadernos "Bartolomé de las casas"* Madrid, Dykinson, 2007.

⁹²³ Artículo 5 Directiva 2000/78/CE

⁹²⁴ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. La obligación de realizar ajustes razonables en el trabajo, *Temas Laborales* núm., 1 27/2014, pp. 85-120, realiza un amplio análisis de lo que sería la discriminación directa e indirecta. Respecto a la discriminación directa, adoptar como elemento de comparación, de la situación de una persona sin tener en cuenta las consecuencias de la realización de ajustes razonables, supone colocar a esa persona en una desigualdad de partida, ya que se están tomando como referencia sus peores condiciones físicas o psíquicas. En estos casos la discriminación directa no se produce por tratar de forma desigual dos situaciones idénticas, sino por impedir la real valoración de las aptitudes de una persona con discapacidad. Piénsese qué ocurriría si durante la realización de un test de selección no se le permitiera a una persona hipermétrope utilizar sus gafas de graduación, se le estaría impidiendo mostrar sus aptitudes en condiciones de igualdad con la persona que no tiene problemas de visión. Lo mismo ocurre cuando en la valoración de la persona con discapacidad no se tienen en cuenta las mayores posibilidades de actuación que se tiene si se realizan los ajustes necesarios. En el fondo de esta posición subyace todavía un modelo médico de discapacidad que ve en las limitaciones de la persona con discapacidad una cuestión de carácter individual y no social. Respecto a la discriminación indirecta, la Directiva ha facilitado la prueba de que una medida constituye una discriminación aunque contempla una doble excepción.

oficiales ante los que se gestionan, son distintos. Como consecuencia, podemos encontrarnos ante una situación donde a un trabajador se le reconoce un grado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria y, sin embargo, paradójicamente, no se le reconoce una incapacidad laboral ni siquiera, parcialmente. Por otra parte, esa persona no podrá optar a ninguno de los derechos que se reconocen a las personas con discapacidad si no cuenta con una tarjeta que acredite el grado reconocido.

Algunas de las posibles causas de estas disfunciones las podemos encontrar en la falta de homogeneidad de los criterios de valoración o en la falta de interconexión de las distintas normas del cuerpo legislativo. También consideramos que es inadecuada la composición de los equipos evaluadores. Es necesaria una actuación de forma coordinada que permita optimizar los recursos disponibles y favorecer la obtención de resultados equivalentes. Es preciso analizar los diferentes procedimientos, los criterios que se utilizan en cada uno de ellos o la composición de los equipos evaluadores, para poder identificar posibles analogías y proponer una posible modificación.

13.1 Determinación de la incapacidad laboral

Para la determinación de la existencia de una incapacidad se debe tener en cuenta el estado de salud de la persona y las tareas que debe realizar en su puesto de trabajo. Pueden existir enfermedades o secuelas de accidente, que aun necesitando asistencia sanitaria no inhabilitan para el trabajo. Una de las causas de alta médica, es la mejoría que permite realizar el trabajo habitual. También nos podemos encontrar ante una situación que impide al trabajador desarrollar su trabajo mientras dura la enfermedad.

Existen una serie de clasificaciones o sistemas de codificación que permiten adscribir al trabajador a una profesión o un sector de actividad que aporta información sobre las tareas que desarrolla y sobre su contexto. Las de mayor valor a nivel nacional son la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011(CON-11)⁹²⁵ y la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009)⁹²⁶ Pero para valorar la incapacidad laboral lo determinante es conocer las exigencias del puesto de trabajo concreto que ocupa el trabajador, más allá de los requerimientos generales de la profesión u oficio y contrastarlo con la capacidad

⁹²⁵ Se encuadra dentro de l marco conceptual de la CIUO-08. Los criterios de clasificación utilizados son el tipo de trabajo realizado y las competencias entendiendo por estas la capacidad para desempeñar las tareas inherentes a un empleo determinado. El listado de códigos y las denominaciones hace posible el estudio de estadísticas laborales.

⁹²⁶ Real Decreto 475/2007, de 13 de abril de 2007, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de actividades Económicas 2009

del trabajador. Se debe valorar, no una enfermedad en abstracto, sino el modo y grado en que ésta afecta a la capacidad funcional del trabajador. Para ello se deben tener en cuenta las lesiones y las manifestaciones de secuelas de las enfermedades en el individuo y no la enfermedad.

El procedimiento de determinación de incapacidad temporal se inicia de oficio por el INSS o a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina; o a instancia del trabajador, las Mutuas o de la correspondiente empresa colaboradora⁹²⁷ Se reconocerá y abonará la prestación en función del parte de baja emitido, sin perjuicio de las regularizaciones a que haya lugar, si la determinación de la contingencia se resuelva de forma diferenciada a la que consta en el parte de baja. Será el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la respectiva Dirección Provincial del INSS el que realice el informe preceptivo, y se establecerá un plazo de 15 días hábiles para dictar resolución a contar desde la fecha en que se aportaran los documentos y alegaciones oportunas o de la finalización del plazo para realizarlas. En esta resolución se determinará la contingencia y, en su caso, si el proceso es recaída de otro anterior, los efectos que corresponden, la entidad responsable de las prestaciones económicas y sanitarias⁹²⁸. Esta resolución se comunicará tanto al trabajador como la empresa, la Mutua como al Servicio de Salud.

En la valoración de la incapacidad, cada individuo es un caso único y generalmente irrepetible que va a requerir de un tratamiento diferente. La actitud del trabajador, del empresario y de otros agentes sociales y políticos hacia la reincorporación laboral harán que esta sea o no viable⁹²⁹.

El acto declarativo de la incapacidad permanente, a diferencia del temporal, es un acto complejo, en que se distingue un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica, y del que sólo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la incapacidad permanente⁹³⁰. El art. 143 del TRLGSS atribuye al INSS, en todas las fases del procedimiento, la competencia para declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas.

⁹²⁷ Se comunicará a la Mutua o la empresa, si el procedimiento no se hubiese iniciado a su instancia, o en su caso, al trabajador, si el procedimiento no se inició a instancia del mismo. Existirá un plazo de alegaciones de 4 días hábiles para la Mutua o la empresa colaboradora, así como 10 días hábiles para el trabajador.

⁹²⁸ Esta resolución tiene los efectos atribuidos a la resolución de reclamación previa (art. 71 Ley 36/2011).

⁹²⁹ VVAA. *Valoración de la Incapacidad Laboral para médicos de Atención Primaria*, p. 24. Disponible en [<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143518.pdf>].

⁹³⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 6 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 4255/2007).

El Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, establece las competencias del INSS en materia de incapacidades laborales y se crean los equipos de valoración de incapacidades (EVI) que son los órganos colegiados encargados de realizar la calificación de la incapacidad⁹³¹ encuadrados en cada dirección provincial del INSS. Estos equipos están compuestos por un presidente, que será el subdirector provincial de invalidez del INSS o funcionario designado por el Director General, y cuatro vocales:

- un médico Inspector del Servicio Público de Salud de la comunidad autónoma,
- un facultativo Médico perteneciente al personal del INSS,
- un Inspector de Trabajo y Seguridad Social y
- un funcionario titular de un puesto de trabajo de la unidad encargada del trámite de las prestaciones de invalidez, quien ejerce las funciones de Secretario⁹³².

Los EVI son competentes para examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del INSS los dictámenes propuesta preceptivos y no vinculantes en determinadas materias⁹³³. Además, el EVI también es competente para efectuar el seguimiento de los programas de control de las prestaciones económicas de incapacidad temporal y proponer al Director provincial del INSS la adopción de medidas adecuadas, en coordinación con los restantes órganos competentes en esta materia,⁹³⁴ y para prestar asistencia técnica

⁹³¹ Su régimen de funcionamiento será el establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁹³² Cada uno de los miembros cuenta con un suplente que sustituye al titular en los casos de ausencia, vacante o enfermedad. También son designados por el Director provincial del INSS (propuesto por el INSS o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma) otros vocales: un experto en recuperación y rehabilitación, en caso de indicios razonables de recuperación del trabajador, o un experto en seguridad e higiene del trabajo, cuando existe indicios de incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

⁹³³ Anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por la existencia de situaciones de incapacidad permanente, calificación de estas situaciones en sus distintos grados, revisión de las mismas por agravación, mejoría o error de diagnóstico, y, contingencia determinante. Determinación del plazo a partir del cual se podrá instar la revisión del grado de incapacidad permanente por agravación o mejoría. Procedencia o no de la revisión por previsible mejoría de la situación de incapacidad del trabajador, a efectos de lo establecido en el art. 48.2 ET. Disminución o alteración de la integridad física del trabajador por existencia de lesiones permanentes no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Determinación de la incapacidad para el trabajo exigida para ser beneficiario de las prestaciones económicas por muerte y supervivencia, así como de las prestaciones por invalidez del SOVI. Determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal o muerte del trabajador cuando sea solicitado tal dictamen. Procedencia o no de prorrogar el período de observación médica en enfermedades profesionales. Determinación del porcentaje de incremento de la prestación y de las posibilidades de recuperación del trabajador en los casos en que se aprecie incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene.

y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en los que sea parte el INSS, en materia de incapacidades laborales, a requerimiento del Director provincial del INSS de dicho Instituto. El procedimiento de declaración de incapacidad permanente se inicia de oficio, a solicitud de entidades colaboradoras o a solicitud del interesado⁹³⁵.

⁹³⁴ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del RD 1300/1995, al INSS (mediante el ejercicio de tales competencias a través de los Directores provinciales del INSS de la provincia en que tenga su domicilio el interesado) le corresponden las siguientes funciones: Evaluar, calificar y revisar la incapacidad del trabajador y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas. Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y reconocer el derecho a las indemnizaciones correspondientes. Resolver sobre la prórroga del periodo de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente. Determinar, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales y lesiones permanentes no invalidantes. Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas. Evaluar la incapacidad para el trabajo a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario del derecho a las prestaciones económicas por muerte y supervivencia, así como de las prestaciones por invalidez del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, en el momento que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a la prestación por invalidez. Cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores, en cuanto Entidad Gestora de la Seguridad Social y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendadas. En el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, el reconocimiento y la gestión de las prestaciones por Incapacidad Permanente corresponde al Instituto Social de la Marina según la DA 19ª LGSS, DA 1ª RD 1300/1995 y RD 504/2011, de 8 de abril de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.

⁹³⁵ De oficio, a iniciativa de la entidad gestora, cuando el trabajador proceda de incapacidad temporal y haya sido dado de alta médica por agotamiento del plazo o por encontrarse en una situación constitutiva de incapacidad permanente; como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo o del Servicio Público de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. A solicitud de entidades colaboradoras, Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente; aportarán el alta médica del trabajador, el historial clínico y el expediente previo. A petición del interesado o su representante legal tras cumplimentar el modelo de solicitud de incapacidad permanente y presentar la documentación personas y específica que se indica en el modelo de solicitud. La solicitud junto con la documentación necesaria deberá presentarse en cualquiera de los centros de atención e información del INSS o en las direcciones provinciales o locales del Instituto Social de la Marina. Los trabajadores que no procedan de incapacidad temporal, bien por no tener protegida esta contingencia o por no estar en alta, deberán presentar la solicitud para iniciar el procedimiento. Las empresas carecen de legitimación activa para pretender el reconocimiento a favor de trabajador de una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, porque lo que en tal caso se ejercita es un derecho subjetivo en el marco de una relación jurídica de Seguridad Social y la titularidad de ese derecho corresponde únicamente al trabajador. De este modo, las empresas, aunque puedan tener interés en la declaración de IP, en la medida en que ello en determinados supuestos les permitirá extinguir el contrato de trabajo, no pueden poner en marcha el expediente comprometiendo derechos del trabajador y provocando consecuencias que afectan a su esfera personal y profesional con un alcance, desde luego, más amplio que el propio contrato de trabajo, ya que la incapacidad permanente total extiende sus efectos al ámbito de la profesión habitual y la absoluta a toda

El procedimiento iniciado se impulsa de oficio⁹³⁶. En la fase de instrucción se podrá solicitar la documentación y pruebas médicas que se estimen necesarias⁹³⁷. En un intento de sistematización de las actividades de instrucción que pueden tener lugar en este tipo de procedimientos se pueden distinguir entre las actividades ordenadas a la evaluación y calificación de la incapacidad permanente y las que lo están al reconocimiento del derecho de prestaciones económicas⁹³⁸.

Una correcta valoración de las situaciones de incapacidad permanente total requiere un examen individualizado de los factores concurrentes y, especialmente, de la conexión entre las lesiones y el ámbito de las tareas que corresponden a la profesión habitual del trabajador⁹³⁹, a tal fin, los arts. 5.1 del RD 1300/1995 y 7.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 exigen los siguientes documentos e informes preceptivos:

- Historial clínico o, en su defecto, informe de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, acompañado, en su caso de la correspondiente alta médica de asistencia sanitaria.
- Informe médico de síntesis: elaborado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente del dictamen –propuesta⁹⁴⁰. Actuará como ponente el facultativo médico dependiente del INSS, a cuyo fin será auxiliado por el

profesión y oficio. Las empresas interesadas en la declaración de invalidez lo único que podrán hacer es solicitar al INSS la iniciación del procedimiento de oficio mediante la oportuna “denuncia”, si bien ésta carecerá de potencialidad suficiente para iniciar el procedimiento. STS de 20 de octubre de 1992 (Recud. núm. 2446/1991) y 4 de abril de 2011 (Recud. núm.556/2010).

⁹³⁶ Aunque los interesados no comparezcan en el plazo establecido (art. 6 O. 18-1-1996).

⁹³⁷ A tal fin, los arts. 5.1 del RD 1300/1995 y 7.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 exigen los siguientes documentos e informes preceptivos: historial clínico o, en su defecto, informe de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, acompañado, en su caso de la correspondiente alta médica de asistencia sanitaria. Informe médico de síntesis: Este informe consta de identificación del médico y persona a examinar, datos del puesto de trabajo, anamnesis y patologías alegadas por el trabajador, comprobaciones del médico Evaluador (exploraciones y pruebas descritas por aparatos, conclusiones, juicio diagnóstico y valoración, tratamientos recibidos, evolución y circunstancias sociolaborales, limitaciones orgánicas y funcionales, y conclusión final) determinación de la contingencia, del tiempo de revisión, fecha y firma. Informe de antecedentes profesionales; Dictamen-propuesta de EVI; Informe de cotización; Informe sobre los hechos y circunstancias concurrentes en las solicitudes de declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

⁹³⁸ ROQUETA BUJ, R. Y FERNÁNDEZ PRATS, C. Incapacidad para trabaja...op. cit. p. 522.

⁹³⁹ STS de 22 de mayo de 1986; STS de 21 de marzo de 2005 (Recud. 1211/2004); STSJ de La Rioja de 9 de marzo de 1992 (Rec. núm 33/1992) y de 4 de mayo de 1993 (Rec. núm. 74/1993); STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 1992; STSJ de Andalucía de enero de 1993, y STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 1997 (Rec. núm. 703/1997).

⁹⁴⁰ Art. 8 Orden de 18 de enero de 1996.

personal facultativo y técnico que se precise, perteneciente a la Dirección Provincial de dicho Instituto⁹⁴¹. El facultativo médico elaborará el informe médico consolidado en forma de síntesis, en el que quedarán recogidos el historial médico del Servicio Público de Salud, los informes de otros facultativos que haya aportado el interesado y, en su caso, el resultado de las pruebas complementarias que se practiquen⁹⁴².

- Informe de antecedentes profesionales: elaborado por la Dirección Provincial del INSS que permita conocer la profesión desempeñada en el momento en que se efectúa la evaluación y la formación y aptitudes del interesado, que determinen la capacidad residual, una vez conocidas las limitaciones anatómicas o funcionales que padezca el afiliado⁹⁴³. Para la realización de este informe podrán utilizarse, además de las manifestaciones del propio interesado y de las informaciones que constan en los ficheros de la Administración actuante y en el Servicio Público de Empleo, las que puedan aportarse por la empresa o empresas donde haya prestado sus servicios el evaluado previo requerimiento de información formulado a tal efecto.
- Dictamen-propuesta de EVI, documento donde se recogen las limitaciones físicas, psíquicas, orgánicas o sensoriales en relación con su puesto de trabajo recogidas en el Informe médico de síntesis y su calificación como capaz o incapaz para el desempeño de tareas de su puesto de trabajo.

Sorprende que no sea preceptivo el informe de un terapeuta ocupacional ya que este profesional podría llevar a cabo un proceso de readaptación laboral para permitir que la persona inválida conserve un trabajo con las adaptaciones adecuadas, o de no ser viable, de establecer un programa de orientación profesional y social. También consideramos un error que la decisión sobre la capacidad o incapacidad laboral permanente de un trabajador se realice en una consulta sin haber realizado una evaluación *in situ*.

Para la determinación del grado de incapacidad, nos tenemos que remitir a la interpretación y límites que establecen los tribunales.

La jurisprudencia es reiterativa en destacar que «para la declaración de invalidez ha de estarse, más que a la índole y gravedad de las lesiones que le aquejan, a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad

⁹⁴¹ Arts. 5.2 RD 1300/1995 y 10.2 Orden de 18 de enero de 1996

⁹⁴² Art. 8.1 O Orden de 18 de enero de 1996

⁹⁴³ Art. 9 O. Orden de 18 de enero de 1996

laboral, de forma que de darse en el mismo sujeto distintos padecimientos, no han de servir las limitaciones que cada uno de ellos representa como sumandos de un resultado global, al operar alguna de estas secuelas como factor multiplicador, sino de consideración a la inhabilidad que efectivamente ellas suponen en el orden laboral»⁹⁴⁴.

La Jurisprudencia del TS, ha venido elaborando los criterios para establecer la protección invalidante de nuestro sistema de la Seguridad Social y, en consecuencia, cómo debe de realizarse la valoración de las dolencias del trabajador que, siendo objetivables, sean tenidas previsiblemente como definitivas. Dicha doctrina, común y válida para todos los grados de incapacidad, puede sintetizarse en los siguientes términos⁹⁴⁵:

- i) *Individualización*: Debe de acomodarse la decisión que en cada supuesto se deba de adoptar, a un *necesario proceso de individualización*, en atención a cuáles sean las concretas particularidades del caso a enjuiciar.
- j) *Valorar la capacidad laboral residual*: Dado el carácter marcadamente profesional de nuestro sistema de protección social en relación con la invalidez, lo que interesa valorar es, *cual sea la capacidad laboral residual que, las secuelas que han sido tenidas como definitivas, permiten al afectado*. Y ello, bien sea para la que haya venido siendo su profesión habitual hasta el momento de acaecer la incidencia presuntamente invalidante, o bien, en general, para cualquier otra actividad u oficio. De donde derivará una u otra calificación de las mismas, de acuerdo con los distintos tipos invalidantes que vienen legalmente previstos, actualmente en el art. 137 LGSS.
- k) *Valoración en condiciones normales de habitualidad*: Que esa valoración de teórica capacidad laboral, tiene que verificarse teniendo en cuenta que, la prestación de un trabajo o actividad, *debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad*, a los efectos de que, con un esfuerzo normal, se pueda obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible; sin que por lo tanto sea preciso para ello la adición, por parte del sujeto afectado, de un sobreesfuerzo que deba ser tenido como especial, y además, prestando ese trabajo concreto, o desarrollada la actividad, tanto con la necesaria profesionalidad, como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia que son legalmente exigibles, y consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta.

⁹⁴⁴ STS 2 julio 1986 (RJ 1986\3930). *Vid ut supra* apartado 2.

⁹⁴⁵ BRUNA REVERTER, J. *La incapacidad laboral...*, op. cit. p. 81.

- l) *Sin riesgo propio o ajeno: Así como, finalmente, el desempeño de la teórica actividad, no debe de implicar un incremento del riesgo físico, propio o ajeno, de compañeros de trabajo o de terceros.*

Según los Tribunales, en el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo. De manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total) o dificultadas en su realización en el treinta y tres por 100 o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral. La incapacidad permanente total -e igualmente la parcial- se predica de la profesión habitual y no del puesto de trabajo concreto que se desempeñe en una empresa⁹⁴⁶, “lo decisivo para la determinación de una invalidez permanente y el grado correspondiente no es la mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan y en definitiva su incidencia en la capacidad laboral del trabajador⁹⁴⁷”.

Los Tribunales vienen aplicando con exclusivo valor orientativo, los criterios fijados en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956⁹⁴⁸ para catalogar los diferentes grados de incapacidad permanente⁹⁴⁹.

El tránsito desde el disfrute de la prestación de incapacidad temporal a la calificación de incapacidad permanente se puede producir de cuatro formas:

- Cuando el facultativo que tenga atribuidas las competencias de control del proceso de incapacidad temporal considere, antes de que se alcance la duración total del proceso, que las lesiones que padece el trabajador son de carácter definitivo en cuyo caso podrá emitir un alta con propuesta de incapacidad permanente.
- Cuando el proceso haya alcanzado los 365 días de duración y en virtud de lo establecido en el art. 128.1 a) LGSS la entidad gestora a través de los órganos

⁹⁴⁶ Sentencia TSJ de La Rioja de 29 de noviembre 2011 (Rec. núm. 437/ 2011).

⁹⁴⁷ STS de 8 de abril de 1989 (RJ 2948).

⁹⁴⁸ El Reglamento de accidentes de trabajo dimanante del Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo se encuentra derogado.

⁹⁴⁹ STS de 21 de marzo de 2005 (Recud. 1211/2004). ALONSO OLEA, M., se pronuncia a favor de la aplicación del Reglamento de Accidentes de Trabajo como orientador o con carácter indicativo. «La igualdad en la aplicación de la ley en la calificación y graduación de las incapacidades permanentes. A propósito de la incapacidad permanente parcial de un trabajador autónomo agrario», *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IX/1991, 1992, p. 632.

encargados de evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente decida iniciar un expediente de incapacidad permanente.

- Cuando así se pronuncie la entidad gestora durante la prórroga del proceso.
- Cuando por aplicación del art. 131 bis 2LGSS una vez extinguido el subsidio por alcanzar la duración máxima del proceso de 545 días, el INSS cumpla con su obligación de examinar en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

En los cuatro supuestos se produce la extinción de la prestación de incapacidad temporal, si bien en los tres primeros cabe que el proceso se reinicie a consecuencia de una recaída. Quedaría otra posibilidad que se produciría cuando el beneficiario se encuentra en situación de incapacidad temporal, de manera que mientras tramita el expediente de incapacidad permanente el trabajador seguirá percibiendo el subsidio y agotando su duración⁹⁵⁰.

Las entidades gestoras (INSS lo ISM) tienen competencia exclusiva para emitir la baja por recaída, cualquiera que sea la contingencia determinante de la prestación y la entidad que lo asegure⁹⁵¹.

«Aún sin merma del rendimiento, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial si, para el rendimiento normal, el trabajador tiene que emplear un esfuerzo físico-psíquico superior, de forma que su trabajo le resulte sensiblemente más penoso o peligroso»⁹⁵². Y, a tales efectos, habrá que considerar entre otros signos y datos, el que el beneficiario precise la ayuda de otra persona para realizar algunas tareas propias de su profesión habitual, que le resulte imposible efectuar otras o que disminuya su ritmo de trabajo⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Un análisis pormenorizado de estas situaciones encontramos en TRILLO GARCÍA, A.R. Modificaciones en materia de incapacidad temporal y otras prestaciones de la Seguridad Social en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGINA, J. R. (Dirs.) *Las reformas laborales y de la Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto- Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, 201, p. 383-390.

⁹⁵¹ Apartado 1 del art. 131 bis LGSS en relación con el art. 128.1.a) LGSS.

⁹⁵² Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 6 de julio 2012 (Rec. 1458/2012). En el mismo sentido: STSJ de la Rioja Sala de lo Social de 29 de noviembre de 2011 (Rec. 434/2011) “se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial cuando, aun sin merma del rendimiento, para mantener aquél, el trabajador tenga que realizar un esfuerzo físico superior al normal, de manera que su trabajo se resulte más penoso o peligroso. Otras: STSJ de La Rioja de 29 de junio de 2004 (Rec. núm. 194/2004); STSJ del País Vasco de 8 de julio de 1997 (Rec. núm. 3625/1996).

⁹⁵³ STCT de 7 de diciembre de 1976 y STCT de 4 de abril de 1987.

En la incapacidad permanente parcial, a efectos ilustrativos, se utiliza el art. 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, donde se considera incapacidad permanente parcial para el trabajo toda lesión que al ser dado de alta el trabajador deje a ésta con una inutilidad que disminuya la capacidad para la profesión habitual.

En la calificación se tendrá en cuenta, además de la lesión, el oficio o profesión del accidentado, considerando si se trata de trabajadores no calificados o de profesiones u oficios que precisen principalmente los miembros superiores, o de profesiones que utilicen de modo primordial los miembros inferiores, o de oficios y profesiones de arte o similares que requieran una buena visión y una gran precisión de manos, o de otro oficio o profesión especializado.

En todo caso se reconocen como elementos objetivos para tal definición la pérdida funcional de un pie o de los elementos indispensables para sustentación y progresión; la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro; la pérdida de dedos o falanges indispensables para el trabajo a que se dedicaba el accidentado o las hernias no operables⁹⁵⁴.

En toda resolución inicial o de revisión por la que se reconozca el derecho de las prestaciones por invalidez permanente constará el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o por mejoría del estado invalidante, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión. (art. 143.2 de la LGSS). Si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución. Las revisiones fundadas en el error diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación. En los demás supuestos la revisión no podrá promoverse hasta tanto haya transcurrido el plazo señalado en la resolución inicial o en la de la revisión anterior.

⁹⁵⁴ El art. 40 del Reglamento considera hernias no operables: a) *Las que aparezcan bruscamente a raíz de un traumatismo violento en el trabajo que ocasiones roturas o desgarros de la pared abdominal o diafragma y se acompañen con un síndrome abdominal agudo y bien manifiesto;* b) *Las que sobrevengan en trabajadores no predispuestos como consecuencia de un tratamiento o esfuerzo, siempre que éste sea violento, imprevisto y anormal en relación al trabajo que habitualmente ejecuta el obrero.*

A todas luces estos plazos de revisión, dos años en el mejor de los casos, pueden producir situaciones gravemente perjudiciales para los trabajadores, por lo que los tribunales han venido matizando dichos plazos en beneficio de estos últimos.

En relación con el plazo establecido en la resolución que recoge que el plazo se puede acortar por diversos motivos como son la carencia de motivación de la fijación del plazo, la duración excesiva de dicho plazo dadas las circunstancias y la evolución de las lesiones existentes pues supondría el mantenimiento de una situación o grado de invalidez inferior a la situación real del trabajador; cuando el plazo fijado hace que la revisión supere la edad de jubilación que impide instar ninguna nueva revisión o la aparición de nuevas enfermedades que no fueron objeto de valoración médica inicial pero que inciden en la capacidad laboral del trabajador afectado⁹⁵⁵.

13.2 Determinación del porcentaje de discapacidad

La definición de discapacidad del TRLGDPD que analizamos⁹⁵⁶ describe tanto el tipo de deficiencias como el grado de discapacidad mínimo que debe tener una persona para ser considerada discapacitada, si bien para disfrutar de servicios y derechos que esta Ley concede es preciso demostrar el grado de discapacidad

⁹⁵⁵Sentencia de 26 de mayo de 2003, del TSJ de Canarias/ Las Palmas, ... *entiende la Sala que dicho precepto ha de ser matizado e interpretado de forma que evite situaciones perversas o de manifiesta injusticia, perspectiva desde la cual cabría plantear la revisión ante tempus: a) Cuando la resolución que fija el plazo y reconoce la invalidez no está motivada en cuanto a la fijación del referido plazo, pues si este forma parte del contenido de la resolución administrativa, el mismo ha de estar suficientemente motivado, constituyéndose ello en garantía de un adecuado control judicial, pues una carencia de motivación (o ausencia de una bastante) debe ser considerada como conculcadora del artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, precepto que impone necesariamente una satisfactoria justificación razonada de los actos de los poderes públicos y de la Administración que limite derechos subjetivos e intereses legítimos; b) Cuando el plazo fijado, por su duración, resulte excesivo a todas luces, habida cuenta la presumible evolución progresiva de las lesiones, de tal forma que con mucha anterioridad a la finalización del mismo esté definitivamente consolidado el nuevo cuadro de lesiones, sin el menor atisbo de duda, de tal forma que la espera hasta la finalización de dicho plazo supondría mantener en una situación o grado de invalidez inferior a una persona que tienen ya consolidadas de forma patente, clara y manifiesta las lesiones que suponen un mayor grado de invalidez; c) Cuando el plazo fijado va más allá de lo permitido por la norma al superara el pensionista durante el transcurso del mismo la edad de jubilación, límite temporal éste que, en una doctrina integradora de la norma, se puede inferir de la redacción del propio artículo 143 párrafo 2º del TR de la Ley de la Seguridad Social, al establecer como plazo terminal para la revisión del grado de invalidez la edad establecida en el artículo 161 TR de la Ley de la Seguridad Social, al no poder instarse ninguna revisión, ni aun la declaración de gran invalidez, después de haberse cumplido la edad de sesenta y cinco años (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994 y 9 de mayo de 1995); d) Cuando se trate de otras dolencias diferenciadas de las ya calificadas anteriormente; es decir, de enfermedades de nueva aparición que en modo alguno hubieran podido ser objeto de valoración médica inicial y que inciden en la capacidad laboral residual del afectado.*

⁹⁵⁶ Vid. ut supra apartado 1.3

exigido en cada caso. Esto hace relevante abordar cómo se determina ese grado de discapacidad.

La Ley señala que el reconocimiento del grado de discapacidad lo efectuará el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente así como su acreditación, que tendrá validez en todo el territorio nacional⁹⁵⁷. La competencia para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad la tienen los órganos correspondientes de las CCAA a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en Ceuta y Melilla, en cuyo ámbito territorial residan habitualmente los interesados⁹⁵⁸. Por lo tanto, la persona interesada deberá acudir a su centro de valoración y orientación, Centro Base correspondiente y presentar su solicitud con los informes médicos, psicológicos y sociales así como la Resolución de la Comisión de Evaluación de Incapacidades, si el solicitante ya tiene invalidez.

Este último extremo supone una novedad legislativa positiva, puesto que por primera vez se produce la vinculación de la resolución del reconocimiento de incapacidad laboral, con efectos de reconocimiento del grado de discapacidad en su porcentaje mínimo para acceder a los derechos protegidos.

Una vez aportada la solicitud y los informes, cada profesional del Equipo de Valoración y Orientación (EVO), realiza una entrevista con la persona con discapacidad y con su familia. Dependiendo del tipo de situación, se aplican pruebas o se recabarán informes de determinadas especialidades clínicas, con el fin de obtener una visión global y real de la persona y su entorno. Con los informes obtenidos y los resultados de las pruebas realizadas el equipo dictamina conjuntamente el grado de discapacidad y emite un informe correspondiente que será notificado al solicitante de la valoración. En el caso de alcanzar un grado de discapacidad mayor o igual al 33 por 100, se certifica el reconocimiento de la condición de discapacidad, especificando el grado, fecha en que surge el efecto, validez y tipo de discapacidad⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad.

⁹⁵⁸ El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva para la promoción y ayuda a las personas con discapacidad. La Comunidad de Madrid tiene transferida la competencia para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en virtud de la Seguridad Social a la Comunidad de Madrid en las materias encomendadas al Instituto Nacional de Servicios Sociales (IMSERSO).

⁹⁵⁹ En caso contrario se notifica que no ha alcanzado la condición de discapacidad al no llegar al grado mínimo estipulado en la legislación. Para la determinación del grado de discapacidad, el porcentaje obtenido en la valoración de las "Limitaciones en la actividad" de la persona derivadas de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, si alcanza un mínimo de un 25%,

La valoración del grado de discapacidad, se realiza mediante la aplicación de criterios técnicos unificados⁹⁶⁰ fijados en el baremo establecido por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre y sus posteriores modificaciones⁹⁶¹. Esta norma regula el reconocimiento y declaración del grado de discapacidad en el ámbito de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social. Establece el procedimiento a seguir, con el fin de que la valoración y calificación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el Estado, garantizando la igualdad de condiciones para el acceso a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen.

Son objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social.

El grado de discapacidad es independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas⁹⁶². Esto es algo que criticamos, puesto que una concreta condición de salud (enfermedad, lesión o desorden) en una persona tendrá como resultado que esta presente integridad o deficiencia en las estructuras y funciones corporales que le permitirán o impedirán realizar tareas. Los componentes necesarios para realizar una tarea en el campo laboral, son los mismos que se necesitarán para realizar una tarea en el ámbito doméstico.

dicho porcentaje se incrementa con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de “Factores sociales complementarios” que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁹⁶⁰ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (y su corrección de errores de 13 de marzo de 2000), desarrollado por la Orden 710/2000, de 8 de mayo, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

⁹⁶¹ El Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I (Normas para la valoración de la discapacidad en casos de infección por VIH), el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre (Adecuación terminológica de minusválido y persona con minusvalía a persona con discapacidad) y el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre (determinación de la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria); para la determinación del grado de discapacidad, el porcentaje obtenido en la valoración, de las “limitaciones de actividad” de la persona derivadas de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, si alcanza el mínimo de un 25% dicho porcentaje se incrementa con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de “Factores sociales complementarios” que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁹⁶² Arts. 3-5 RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

El procedimiento concluye con una resolución en la que se reconoce el grado de discapacidad, expresado en un porcentaje, y un tipo de discapacidad. Este documento constituye condición imprescindible para la obtención de determinadas prestaciones y beneficios establecidos en la normativa vigente⁹⁶³.

Entre las ventajas relacionadas con el trabajo se encuentran el acceso a medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad como el acceso a programas de formación profesional ocupacional, apoyo al empleo en cooperativas de trabajo asociado o incentivos para la empresa que contrate de forma indefinida, además de poder optar al cupo de reserva del 5% de las vacantes en la Administración Pública o formar parte del 2% de la plantilla con discapacidad al que las empresas con más de 50 trabajadores está obligado a contratar, adaptación del puesto de trabajo, aportar informes técnicos sobre adecuación de puestos de trabajo, adaptaciones de tiempo y medios en la realización de pruebas de acceso público⁹⁶⁴.

Forman parte de los equipos de valoración, *al menos*, médico, psicólogo y trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios⁹⁶⁵. Las funciones de los órganos técnicos competentes y de los equipos de valoración y orientación son las siguientes⁹⁶⁶:

⁹⁶³ La Orden 710/2000, de 8 de mayo regula la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad, para facilitar al usuario la acreditación de su grado de discapacidad, a través de un medio que sirve como carné identificativo y posee los mismos efectos que el certificado o resolución del reconocimiento de grado.

⁹⁶⁴ Otros beneficios son el acceso a vivienda de protección pública, jubilación anticipada, subvenciones y/o ayudas de carácter individual: tratamientos rehabilitadores, productos de apoyo, accesibilidad y adaptaciones en el hogar, etc., recursos y apoyos educativos, pensión no contributiva por invalidez, prestaciones económicas y sociales (asistencia sanitaria, prestación farmacéutica, subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte), prestaciones familiares (asignación económica por hijo o menor con discapacidad acogido a cargo, o mayores de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 65%), ampliación del periodo de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido, ingreso en centros, beneficios fiscales (IRPF, IS, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, IVA, IVTM, IEDMT), tarjeta de estacionamiento para personas con movilidad reducida, bonotaxi, reducciones en los medios de transporte, otras ayudas y servicios para el colectivo de personas con discapacidad que se contemplen en los organismos competentes en materia de servicios Sociales ya sean municipales, autonómicos o estatales, o de la iniciativa privada social.

⁹⁶⁵ La aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para la determinación de la necesidad de concurso de otra persona, se lleva a cabo por los órganos técnicos que determinen las comunidades autónomas y el IMSERSO en su ámbito competencial (que serán acordados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia). Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en no podrán ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas.

⁹⁶⁶ Apartado 2 artículo 8 RD 1971/1999. El apartado 3 indica que la composición, organización y funciones de los equipos de valoración y orientación dependientes del IMSERSO, así como el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado serán desarrollados por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- Efectuar la valoración de las situaciones de discapacidad y la determinación de su grado, la revisión del mismo por agravación, mejoría o error diagnóstico, así como también determinar la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria y las dificultades para utilizar transportes públicos colectivos;
- Determinar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión del grado de discapacidad por agravación o mejoría;
- Aquellas otras funciones que, legal o reglamentariamente sean atribuidas por la normativa reguladora para el establecimiento de determinadas prestaciones y servicios.

Entre los profesionales que se mencionan en la norma no se encuentra el especialista en discapacidad, dependencia y análisis del desempeño, que es el terapeuta ocupacional, aunque es cierto que no es un equipo cerrado ni exclusivo como se puede desprender de su redacción al incluir la expresión “al menos”. Esto ha permitido incorporar la figura en algunos equipos⁹⁶⁷.

Reconocida la persona por el Equipo, los responsables de los Órganos competentes en la materia de las Comunidades Autónomas o de las Direcciones Territoriales del IMSERSO deberán dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede.

El Baremo de discapacidad se basa en el modelo de la CIDDM de la OMS (ahora sustituido por la CIF). Se valoran las deficiencias permanentes en base a parámetros objetivos y al grado de independencia en actividades de la vida diaria⁹⁶⁸ (AMA 1994)⁹⁶⁹. Cuando existen varias discapacidades se combinan según

⁹⁶⁷ Es el caso del Equipo Técnico de Valoración de Logroño formado por 1 médico, 1 fisioterapeuta, 1 terapeuta ocupacional, 1 trabajador social que cuenta con el apoyo de 1 técnico de gestión y 1 auxiliar administrativo, y las 15 valoradoras de la dependencia (trabajadores sociales, fisioterapeutas y terapeutas ocupacionales que aplican directamente el baremo en el domicilio y el entorno habitual del solicitante para completar la valoración en el centro y remitirla posteriormente al Equipo Técnico de Valoración. Información disponible en: [\[https://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=440247&IdDoc=462360\]](https://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=440247&IdDoc=462360).

⁹⁶⁸ Asociación Médica Americana, 1994. Las guías para la evaluación de las deficiencias permanentes de la Asociación Médica Americana en su 6ª edición es el utilizado con mayor frecuencia en EEUU para valorar la discapacidad. Es el más conocido y utilizado. Tuvo su origen en 1956 para evaluar el menoscabo físico. Se publicó por capítulos en la revista JAMA desde 1958 hasta 1970. Constituye la base para el baremo de discapacidad español que ha importado su estructura y forma de valorar.

la Tabla de Valores Combinados. El porcentaje de discapacidad física y psíquica se suman para obtener el valor global persona (superando el 25% se añaden factores sociales) y el porcentaje de discapacidad determinará el grado. Los grados de discapacidad pueden ser cinco atendiendo a una serie de criterios y clases. Con carácter general se establecen cinco, ordenados de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina. El RD 1971/1999, de 23 de diciembre⁹⁷⁰, recoge los diferentes grados de discapacidad:

- Grado 1, discapacidad nula, los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria.
- Grado 2, discapacidad leve, donde los síntomas, signos o secuelas existen justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas.
- Grado 3, discapacidad moderada, donde los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado;
- Grado 4, discapacidad grave, donde los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las AVD, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado.
- Grado 5: Discapacidad muy grave, porque los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las AVD.

Tanto los grados de discapacidad como las actividades de la vida diaria descritos, constituyen patrones de referencia para la asignación del porcentaje de discapacidad. Este porcentaje se determina de acuerdo con los criterios y clases que se determinan en el propio RD 1971/1999, de 23 de diciembre, en función de si lo que se encuentra afectado es el sistema musculoesquelético, nervioso, cardiovascular, hematopoyético o endocrino, el aparato respiratorio, digestivo, genitourinario, visual, la piel y anejos, neoplasias, oído garganta y estructuras

⁹⁶⁹ Clasifica las actividades de la vida diaria en 1. Actividades de autocuidado (vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal...); 2. Otras actividades de la vida diaria: 2.1. Comunicación, 2.2. Actividad física: 2.2.1. Intrínseca (levantarse, vestirse, reclinarse...), 2.2.2. Funcional (llevar, elevar, empujar...); 2.3. Función sensorial (oír, ver...), 2.4. Funciones manuales (agarrar, sujetar, apretar...); 2.5 Transporte (capacidad para utilizar los medios de transporte), 2.6 Función sexual, 2.7. Sueño; 2.8. Actividades sociales y de ocio.

⁹⁷⁰ RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE de 26 de enero de 2000).

relacionadas o el lenguaje. Con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina, y se definen de la siguiente manera:

- Clase I: Sin discapacidad (0%) Se incluyen las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad.
- Clase II: Discapacidad leve (1-24%) Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.
- Clase III: Discapacidad moderada (25-49%) Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada.
- Clase IV: Discapacidad grave (50-70%). Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave.
- Clase V: discapacidad severa (Implica dependencia superior al 75%). Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave. Cuando se alcanza este porcentaje o más, se activa el reconocimiento el grado de dependencia para determinar la necesidad de concurso de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida y reconocer el derecho a un complemento de pensión en su modalidad no contributiva.

El proceso que ha causado la deficiencia debe estar diagnosticado por un organismo competente, debe estar tratado y documentado. La valoración ha de realizarse en situación de estabilización de la lesión o fase de secuelas (6 meses) utilizando pruebas diagnósticas objetivas y no sólo criterios clínicos. No se valora la enfermedad o el diagnóstico, si no la severidad de las consecuencias de dicha enfermedad. No se valoran deficiencias permanentes, no recuperables.

El reconocimiento de grado de discapacidad se entiende producido desde la fecha de solicitud, debiendo figurar necesariamente la fecha en la que, en su caso, puede tener lugar su revisión⁹⁷¹. Esta acreditación del grado de discapacidad tendrá validez en todo el territorio del Estado español.

⁹⁷¹ Contra las resoluciones definitivas los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Es un baremo con un margen considerable de imprecisión, sin terminología adecuada, poca evidencia científica y enormes dificultades de interpretación. Se debería realizar una clasificación funcional que expresara el impacto real de las secuelas.

Si bien de manera excepcional podemos encontrar al terapeuta ocupacional, que es el profesional experto en analizar la capacidad de las personas con limitaciones funcionales, como miembro del equipo, no es lo habitual. Es sorprendente teniendo en cuenta que las pautas de valoración no se fundamentan en el alcance de la deficiencia sino en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria. Si bien la norma describe los profesionales que “al menos” deben formar el equipo, en la práctica, al no ser imperativo, es excepcional encontrar un terapeuta ocupacional. En el apartado del baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona se valoran ítems como el desplazamiento (teniendo en cuenta si es usuario de silla de ruedas o de andador), cuidado de sí mismo (cambios posturales en la cama, transferencias, vestido, higiene personal, alimentación, comunicación, otras actividades dentro de la casa como seguridad y acceso, manejo de dispositivos domésticos u otros objetos, la necesidad de cuidados especiales, parámetros relacionados con su adaptación personal y social.

Los contenidos descritos, forman parte de las asignaturas troncales del plan de formación de Grado de Terapia Ocupacional, lo que viene a reforzar el planteamiento de ser el profesional más formado para poder realizar esa valoración y, por ello, debe estar presente en todos los equipos.

13.3 Determinación de la situación de dependencia

El sistema de autonomía y atención a la dependencia se asienta sobre dos pilares: su autonomía respecto a otros sistemas de protección social y las circunstancias que conforman la situación de dependencia, para definir al titular de las prestaciones⁹⁷².

En la Exposición de Motivos de la LD se expresa que el sistema es independiente del sistema de Seguridad Social, pues se trata de “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de Seguridad Social”.

⁹⁷² ALONSO OLEA GARCÍA, MEDINA GONZÁLEZ, S. *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2014, p.132.

Por lo tanto no es una contingencia protegida por la Seguridad Social. Esto significa que la edad, la enfermedad y la discapacidad, se encuentran protegidas a través de tres sistemas distintos: el Sistema Nacional de Salud, mediante prestaciones sanitarias, el Sistema de la Seguridad Social, mediante prestaciones económicas, el Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia, a través de prestaciones sociales y económicas diseñadas por la LD.

La valoración de la situación de dependencia se expresa en grados (art. 26) y se realiza mediante la aplicación del baremo acordado en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁹⁷³.

Con carácter general, la valoración se lleva a cabo en el entorno habitual del interesado por profesionales de las comunidades autónomas o entidades locales, con perfil socio sanitario. La Comisión Técnica de Valoración de la Dependencia está presidida por el director general competente en la materia quien nombra por resolución al resto de los integrantes⁹⁷⁴. Forman parte de los equipos de valoración profesionales con perfil socio sanitario como terapeutas ocupacionales, trabajadores sociales o fisioterapeutas. Estos valoradores tienen las siguientes funciones⁹⁷⁵:

- Aplicación del Baremo de Valoración de los grados y niveles de dependencia (y de la Escala de Valoración Específica para menores de tres años).
- Análisis y revisión de los informes de salud, considerando, en su caso, los productos de apoyo, ortesis o prótesis prescritas.
- Valoración del entorno habitual del interesado.
- Información sobre los servicios y prestaciones y realización del trámite de consulta al interesado.

El procedimiento se inicia a instancia de persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien lo represente mediante la presentación de solicitud en los centros de servicios sociales municipales correspondientes al domicilio del solicitante.

⁹⁷³ Se trata de un baremo que tiene como referente la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS 2001. No es posible determinar el grado de dependencia mediante otros baremos distintos.

⁹⁷⁴ Es la encargada de Emitir los dictámenes de valoración. Valorar las situaciones de urgencia. Establecer la correcta aplicación de los baremos y el establecimiento de programas individuales de atención. Coordinar los planes de formación de los valoradores. Valorar las circunstancias en que procede la revisión del grado y nivel de dependencia y el programa individual de atención. Proponer, cuando corresponda, el plazo máximo en que deba efectuarse la revisión del grado y nivel de dependencia dictaminados. Solicitar, excepcionalmente, cuantos informes médicos, psicológicos o sociales complementarios o aclaratorios considere convenientes. Prestar asistencia técnica y asesoramiento, si le es requerido. Otras establecidas por la normativa vigente o por el Director General competente en la materia

⁹⁷⁵ Apartado 2 artículo 18 Orden 625/2010, de 21 de abril.

Se deberán aportar un informe de condiciones de salud actualizado y suscrito por médico colegiado, en su caso, copia de la resolución del complemento de gran invalidez u otro documento que acredite que el solicitante es pensionista de gran invalidez y/o copia de la resolución de reconocimiento de grado de discapacidad.

Se estudian los expedientes por orden de entrada de solicitudes, salvo que el órgano competente en materia de dependencia entienda que existen razones de urgencia, motivadas. Una vez completo el expediente, el órgano competente comunica al interesado el día, la franja horaria y el lugar donde se realizará la valoración.

El Programa Individual de Atención (art. 29) se realizará en el proceso de reconocimiento de la situación de dependencia y determinará qué servicios y/o prestaciones son más adecuados para la persona dependiente teniendo en cuenta la opinión del propio usuario o, en su caso, de su familia o entidades tutelares.

Reconocida la persona por los valoradores y emitido el dictamen técnico con el diagnóstico y grado de dependencia, las personas tendrán derecho a prestaciones de servicios⁹⁷⁶ y prestaciones económicas⁹⁷⁷ (art. 15) ⁹⁷⁸:

- Servicios de prevención de situación de dependencia con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, incluyéndose esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial.

⁹⁷⁶ Prestaciones de servicios son las siguientes: 1) Información, orientación, asesoramiento, diagnóstico y valoración; 2) autonomía personal, atención en el domicilio y respiro familiar; 3) intervención y apoyo familiar; 4) intervención y protección de menores; 5) atención residencial; 6) prevención e inclusión social; 7) protección jurídica.

⁹⁷⁷ Las prestaciones económicas tienen el fin de mejorar la calidad de vida, la inclusión social, la atención a situaciones de urgencia o la cobertura de las necesidades básicas que permitan un nivel de vida digno de las personas, familias y colectivos sociales más vulnerables, y/o con carencia de medios económicos suficientes. Pueden ser de carácter periódico o de pago único y se prevén las siguientes: 1) renta mínima de inserción, 2) ayuda para las víctimas de violencia de género, 3) prestaciones económicas para personas en situación de dependencia; 4) otras prestaciones económicas.

⁹⁷⁸ La intensidad de protección de cada uno de los servicios prestados fue objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006. Ha sido derogado por el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre. La resolución 8/2015, de 8 de enero, del Director General de Coordinación de la Dependencia, desarrolla la disposición adicional segunda de la Orden 141/2011, de 1 de marzo, por la que se regula el catálogo de servicios y prestaciones para las personas reconocidas en situación de dependencia en grado I de la Comunidad de Madrid.

- Servicio de autonomía personal con el fin de desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir y facilitar la realización de las actividades básicas de la vida diaria.
- Teleasistencia para atender a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y apoyo de medios personales con objeto de dar respuesta inmediata a situaciones de emergencia o inseguridad, soledad y aislamiento.
- Ayuda a domicilio, entre lo que se incluye atención de las necesidades del hogar y/o cuidados personales;
- Atención diurna/nocturna, que puede ser centro de día para mayores, centro de día para menores de 65 años, centro de día de atención especializada o centro de noche; atención residencial, que comprende residencias de personas mayores en situación de dependencia, centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad, u otros centros de atención de ámbito socio-sanitario o socio-educativo⁹⁷⁹.

El grado de dependencia puede ser revisado (art. 30) a petición del interesado o su representante. También puede ser revisado a instancia de las Administraciones Públicas. Las causas para realizar una revisión son la mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia, el error diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo⁹⁸⁰.

En la Ley de Dependencia⁹⁸¹ se recoge expresamente que las personas que tengan reconocida la pensión de gran invalidez, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 y en la disposición final quinta de dicha Ley, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, el 1 de junio de 2010 adoptó Acuerdo sobre modificación del baremo de valoración de la situación de dependencia

⁹⁷⁹ Conforme al art. 16 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la red en la Comunidad de Madrid, está formada por los Centros públicos de la Comunidad, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal para la atención y cuidado de personas en situación de dependencia, así como los privados concertados o contratados por cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que estén debidamente acreditados.

⁹⁸⁰ HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén (2006). “¿Qué es la Ley de Dependencia? 16 preguntas y respuestas sencillas sobre la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”. Madrid, *Portal Mayores, Informes Portal Mayores*, nº 68. (Fecha de publicación: 12/02/2007). Disponible en línea [<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-preguntasdependencia-02.pdf>].

⁹⁸¹ Disposición adicional novena de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia. BOE 15 diciembre 2006.

establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba la modificación del baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia (BVD) y se confirma el tratamiento actual de la homologación de los reconocimientos previos para aquellas personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez y se mejora el régimen de homologaciones para los supuestos de las personas que tengan reconocido el complemento de necesidad del concurso de otra persona a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto.

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁹⁸², establece que quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley.

Por lo tanto, al derogarse el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona, para poder causar las prestaciones indicadas de Seguridad Social⁹⁸³ [el complemento de necesidad de concurso de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva (art. 145.6 LGSS) y para la asignación económica de hijo discapacitado a cargo cuando el hijo esté afectado por un grado de discapacidad igual o superior al 75% (arts. 182 bis 2.c y 182 ter LGSS)] se aplica el Baremo de Valoración de la situación de dependencia⁹⁸⁴, mientras que para el resto de prestaciones de la Seguridad Social (que requieren de un 33% o un 65% de grado de discapacidad) se aplica el Real Decreto 1971/1999.

En el supuesto de las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, mediante la aplicación del baremo se establecerá el grado y nivel de dependencia de cada persona, “garantizando, en todo caso, el grado I dependencia moderada [nivel 1]”⁹⁸⁵.

La Ley de Dependencia ha generado un diferente nivel de desarrollo en las diferentes Comunidades Autónomas. Así se reconoce en la propia Exposición de

⁹⁸² En vigor desde el día siguiente de su publicación el 14 de julio 2012 modifica la disposición adicional novena LD.

⁹⁸³ El anexo II del Real Decreto 1971/1999

⁹⁸⁴ Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Baremo de Valoración de la situación de Dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

⁹⁸⁵ A partir de la publicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se mantienen los tres grandes grados en los que se clasifica la situación de dependencia, pero desaparecen los niveles, al quedar suprimido el apartado 2 del artículo 26 LD.

Motivos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Sus causas pueden ser: la sustracción de prestaciones de servicios sociales del Sistema de la Seguridad Social, la falta de legislación básica sobre Servicios Sociales dictada por el Estado que ha permitido a las Comunidades Autónomas dictar leyes de servicios sociales que ocasionan desigualdad⁹⁸⁶, la clasificación en grados niveles no diferenciaba las prestaciones y servicios dentro de un mismo grado lo que produjo continuas revisiones. Con el fin de alcanzar homogeneidad entre las diferentes comunidades se ha aprobado un nuevo Catálogo de Referencia de Servicios Sociales⁹⁸⁷. Esto significa que los servicios sociales están regulados por una parte en la Ley de Dependencia y, por otra en el Acuerdo tercero de la Resolución de 23 de abril de 2013⁹⁸⁸.

La valoración de la dependencia se basa en la aplicación de un cuestionario y en la observación directa de la persona. También se tienen en cuenta los informes sobre su salud y sobre el entorno de la persona incluidos los productos de apoyo, órtesis

⁹⁸⁶ En este sentido ALONSO OLEA GARCÍA, B. El sistema para la autonomía y atención a la dependencia... en ALONSO OLEA GARCÍA Y MEDINA GONZÁLEZ, S. *Derecho de los servicios públicos sociales*, 3ª edición, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2014, p. 117.

⁹⁸⁷ Aprobado por la Resolución de 23 de abril de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; datos básicos del sistema de información del SAAD y Catálogo de referencia de servicios sociales.

⁹⁸⁸ El fin de este Acuerdo es reunir en un solo documento aquellas prestaciones de referencia a las que podrán acceder las personas en el conjunto del territorio del Estado, con independencia de la entidad que los preste, de su forma de provisión, de si están o no garantizadas por ley o sujetas a disponibilidades presupuestarias de la administración competente, de si forman parte del propio Sistema de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma o están incluidos en los Sistemas de Protección Social. ESTEBAN LEGARRETA, R., derecho al trabajo de las personas con discapacidad, 5ª edición, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2003, disponible en [http://sid.usal.es/idocs/F8/8.1-4999/derecho_trabajo.pdf] pp. 53, 54 defiende que existe una confusión en el ámbito jurídico-civil y administrativo. El RD 1414/2006, de 1 de diciembre tuvo que aclarar los criterios para determinar la consideración de persona con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Se consideran personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. También a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez; los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Se acreditará mediante resolución o certificado expedido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente; resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Ver SSTS 21 marzo 2007 para la unificación de doctrina de la Sala de lo Social (Recud. 3872/2005), luego reproducida en la SSTS 30 abril (Recud. núm. 1253/2006) y 20 de junio 2007 Recud. 2823/2006) de la misma Sala.

y prótesis prescritas que se deben poner en relación con las barreras de su entorno habitual.

Para valorar la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades de la vida diaria se acude al domicilio donde se identifica el nivel y problemas de desempeño que la persona manifiesta en sus aspectos físicos, mentales y/o de iniciativa, señalando el grado de apoyo de otra persona necesario. La toma de decisiones se tiene en cuenta en personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental u otras alteraciones perceptivo-cognitivas.

La valoración de la dependencia requiere la observación de un profesional con conocimientos y formación que le permitan contrastar la veracidad de la información recogida y de ver a la persona desde una perspectiva integral analizando los posibles cuidados a requerir como las propiedades del entorno. Un terapeuta ocupacional conoce los músculos afectados en una hemiplejía y qué limitaciones supone, dependiendo de la dominancia de esa persona.

Este procedimiento de valoración de dependencia cuenta con muchos aspectos positivos que deberían trasladarse al procedimiento de valoración de incapacidad laboral. La valoración en el entorno donde el trabajador desempeña su trabajo es muy importante. Es la única manera de analizar las posibilidades de adaptación del puesto así como considerar los productos de apoyo, ortesis o prótesis que podrían aumentar la funcionalidad laboral. En caso de no ser viable, debido a las secuelas que presentara el sujeto se deberían valorar otras posibilidades de empleo ya sea ordinario o protegido y comenzar un plan de tratamiento enfocado a ello.

13.4 El papel de la terapia ocupacional

La terapia ocupacional es una profesión socio-sanitaria que a través de la valoración de las capacidades y los problemas físicos, psíquicos, sensoriales y sociales del individuo pretende, con un adecuado tratamiento, capacitarle para alcanzar el mayor grado de independencia posible en su vida diaria, contribuyendo a la recuperación de su enfermedad y/o facilitando la adaptación a su discapacidad⁹⁸⁹.

La Federación Mundial de Terapeutas Ocupacionales (WFOT) define a la Terapia Ocupacional como una profesión que se ocupa de la promoción de la salud y el

⁹⁸⁹ La Asociación Profesional Española de Terapeutas Ocupacionales (APETO) califica la Terapia Ocupacional como la disciplina socio-sanitaria que evalúa la capacidad de la persona para desempeñar las actividades de la vida cotidiana e interviene cuando dicha capacidad está en riesgo o dañada por cualquier causa. El terapeuta utiliza la actividad con propósito y el entorno para ayudar a la persona a adquirir conocimiento, las destrezas y actitudes necesarias para desarrollar las tareas cotidianas requeridas y conseguir el máximo de autonomía e integración.

bienestar a través de la ocupación. El principal objetivo de la terapia ocupacional es capacitar a las personas para participar en las actividades de la vida diaria, entre ellas, la actividad laboral. Según la OMS, la Terapia Ocupacional es el conjunto de técnicas, métodos y actuaciones que, a través de actividades aplicadas con fines terapéuticos, previene y mantiene la salud, favorece la restauración de la función, suple las deficiencias incapacitantes y valora los supuestos del comportamiento y su significación profunda para conseguir la mayor independencia y reinserción posibles del individuo en todos sus aspectos: laboral, mental, físico y social.

Desde que se inicia la formación universitaria de Terapia Ocupacional en los EEUU (Universidad de Columbia, 1916) y posteriormente en Europa (Dorset House Bristol en Inglaterra, 1930), el crecimiento de la profesión ha sido constante⁹⁹⁰. La Terapia Ocupacional goza de una larga trayectoria internacional. La Federación Mundial de Terapia Ocupacional (WOFT) nace en 1952 con la inquietud de proporcionar una guía de estándares mínimos en la formación de los terapeutas ocupacionales. El Consejo de Terapeutas Ocupacionales de Países Europeos (COTEC) se crea en 1986 y promueve, en 1995, la Red Europea para la Educación Superior (ENOTHE) con el objetivo de desarrollar y armonizar los requisitos mínimos de la práctica y de la formación, promover la dimensión europea en los planes de estudios, garantizar la calidad de los mismos y estimular los estándares europeos en educación superior⁹⁹¹.

En Europa la terapia ocupacional y la ergoterapia designan el mismo perfil profesional con las mismas competencias y ámbitos laborales.

En España un grupo de entidades médicas solicitaron a la OMS la implantación de esta formación y en 1964 nace la Escuela de Terapia Ocupacional, adscrita a la Escuela Nacional de Sanidad, para el estudio de técnicas dirigidas a la rehabilitación y recuperación de inválidos, junto a la fisioterapia, pero con unos métodos y finalidades específicas distintas. Esta Escuela se crea con funciones de estudio e investigación de las técnicas propias de este procedimiento rehabilitador, mediante el que por medio de una actividad útil se trata de obtener la recuperación física y la reacción mental deseada de los pacientes, así como con la finalidad de preparar, en colaboración con la Facultad de Medicina de Madrid, el personal especializado en la aplicación de las mismas para el tratamiento de los deficitarios físicos y psíquicos⁹⁹².

⁹⁹⁰ Amplia información sobre la profesión en España desde sus orígenes hasta 2004 se puede encontrar en el Libro Blanco sobre la diplomatura elaborado por la CNDEUTO disponible en siguiente dirección
http://www.cs.urjc.es/cndeuto%20URJC/documentacion/documentos/Libro_Blanco_de_Terapia_Ocupacional_de_la_Cndeuto.pdf

⁹⁹¹ ANECA Libro Blanco de Terapia Ocupacional, p. 11.

El título de Terapia Ocupacional lo otorga la Escuela Nacional de Sanidad hasta 1990, año en el que se crea el título universitario de Diplomado en Terapia Ocupacional⁹⁹³. La Escuela de Terapia se creó con el fin de formar a profesionales en las técnicas dirigidas a la rehabilitación y recuperación de inválidos (art. 1º Decreto 24 septiembre 194, núm. 3097/64). Las funciones se realizarían en consultas y locales de tratamiento dispuestos para ello en las unidades de rehabilitación, con las técnicas de las actividades de la vida diaria, restauración psicomotriz, entrenamiento de prótesis, ortopraxia, exploración prevocacional, entrenamiento por el esfuerzo al trabajo.⁹⁹⁴

La labor del Terapeuta Ocupacional quedaría muy reducida en el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los Centros Ocupacionales para minusválidos ya que en su artículo 3 entiende por terapia ocupacional “aquellas actividades o labores, no productivas, realizadas por minusválidos, de acuerdo con sus condiciones individuales, bajo la orientación del personal técnico del Centro encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios, que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado”.

Con el establecimiento del título universitario oficial de Diplomado en Terapia Ocupacional y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél, la profesión aumenta sus competencias y obtiene su reconocimiento universitario ⁹⁹⁵. El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, señala que el fin terapéutico consiste en la adquisición por parte de los pacientes del conocimiento, las destrezas y actitudes necesarias para desarrollar las tareas cotidianas requeridas y consigan el máximo de autonomía e integración.

⁹⁹² Decreto 3097/1964, de 24 de septiembre, por el que se crea la Escuela de Terapia Ocupacional. La orden de 13 de junio de 1967 aprobaría más tarde su Reglamento. Las funciones de los terapeutas se entraban descritas en la Sección 6ª de la Orden 26 de abril de 1973 por la que se aprueba el Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social

⁹⁹³ Real Decreto 1420/1990 (BOE 20 noviembre de 1990) por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Terapia Ocupacional y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél (vigente hasta el 28 de abril de 2001).

⁹⁹⁴ Art. 72 Orden 26 abril de 1973 por la que se aprueba el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social.

⁹⁹⁵ Real Decreto 1420/1990, de 26 de octubre por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Terapia Ocupacional y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél (vigente hasta el 28 de abril de 2001).

La reforma universitaria para la convergencia con Europa permitió convertir la terapia ocupacional en una titulación de Grado⁹⁹⁶ lo que ha supuesto un gran reconocimiento. La legislación vigente conforma la profesión de Terapeuta Ocupacional como profesión sanitaria⁹⁹⁷ regulada cuyo ejercicio requiere estar en posesión del correspondiente título oficial de Grado⁹⁹⁸ y sus planes de estudios cuentan con una duración de 240 créditos europeos. La titulación se imparte en dieciocho universidades españolas⁹⁹⁹.

Durante su formación, los terapeutas adquieren conocimientos de anatomía, psicología, fisiología, biomecánica y cinesiología, sociología, patología médica quirúrgica, teoría e intervención de terapia ocupacional especializadas en las diferentes etapas de la vida (niños, adultos...), y en diferentes campos como el comunitario, social o laboral así como especialización en productos de apoyo y accesibilidad y diseño para todos. También adquieren competencias relativas a comprender los fundamentos conceptuales de la naturaleza ocupacional del ser humano y el desempeño de sus ocupaciones a lo largo del ciclo vital, reconocer la interrelación entre el bienestar, la salud, la ocupación significativa, dignidad y

⁹⁹⁶ Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2007.

⁹⁹⁷ El artículo 12.9 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, dispone que los planes de estudios conducentes a títulos universitarios oficiales de Grado permitan obtener las competencias necesarias para el ejercicio de una actividad profesional regulada en España deberán ajustarse, en su caso, a la normativa europea aplicable. En virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en la que se contienen los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas, la profesión de Terapeuta ocupacional se conforma como profesión regulada.

⁹⁹⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 12.9 del RD1393/2007, conforme a las condiciones establecidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 23 de enero de 2009, publicado en el BOE 17 de febrero, 2009.

⁹⁹⁹ Por orden de creación: Escuela Universitaria de Ciencias de la Salud de la Universidad de Zaragoza, Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, Escuela Universitaria de la Cruz Roja, centro adscrito de la Universidad Autónoma de Barcelona (en Terrassa), Centro de Estudios Universitarios de la Universidad de Castilla La Mancha (Talavera de la Reina) Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (Alcorcón), Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de La Coruña, Escuela Universitaria de Enfermería y Terapia Ocupacional de la Universidad de Extremadura (Cáceres), Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Alfonso X El Sabio en Madrid (Villanueva de la Cañada), Escuela Universitaria de Ciencias de la Salud de la Universidad de Vic, Escuela Universitaria de Ciencias de la Salud de la Universidad de Granada, Facultad de Psicología de la Universidad de Salamanca, Centro Superior de Estudios Universitarios La Salle, adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Medicina de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante), Facultad de ciencias de la Salud, la Actividad Física y el Deporte de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad de Burgos, Escuela Universitaria de Magisterio Padre Enrique Ossó de la Universidad de Oviedo, Facultad de Psicología y Ciencias de la Salud de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Escuela Universitaria de Ciencias de la Salud de la Universidad de Málaga.

participación así como la importancia de los factores contextuales como determinantes de disfunción ocupacional; obtener y elaborar la historia del desempeño ocupacional, evaluar el funcionamiento ocupacional, determinar las disfunciones y necesidades ocupacionales, definir la planificación y establecer la intervención, utilizando el potencial terapéutico de la ocupación significativa a través del uso de la actividad; prevenir, mantener y promocionar la salud a nivel individual y comunitario; realizar la evaluación y la adaptación del entorno para promover la participación en ocupaciones significativas en las diferentes facetas de la vida diaria, la autonomía personal y la calidad de vida;

Los profesionales intervienen en los ámbitos sanitario, educativo, social-comunitario y laboral y brindan servicios a personas que presentan enfermedad discapacidad y/o disfunciones que afectan desempeño ocupacional, su calidad de vida y tratan de desarrollar destrezas, habilidades y capacidades que les posibiliten adaptarse a las nuevas situaciones, mejorar su capacidad funcional y alcanzar el máximo grado de autonomía personal. Entre los campos de actuación propios de terapia ocupacional se encuentran la discapacidad física y sensorial, salud mental, discapacidad intelectual, drogodependencia, marginación social, pediatría, geriatría, trastornos neurológicos, posquirúrgicos, intervención comunitaria, educación y rehabilitación laboral.

Desde hace algunas décadas los terapeutas ocupacionales se han dedicado al estudio de la Ciencia de la Ocupación, que es una disciplina académica enfocada en los beneficios de la actividad productiva, social y física en la vida diaria de las personas. La Ciencia de la Ocupación identifica cómo la participación en ocupaciones puede resolver los problemas globales del siglo 21 y promover la salud, bienestar y la calidad de vida a lo largo del ciclo vital¹⁰⁰⁰

Las funciones que el terapeuta desempeña son, entre otras, asistencia al paciente para conseguir el máximo bienestar, prevención del agravamiento de una enfermedad crónica, colaboración con otros profesionales en la elaboración de diagnósticos, promoción y recuperación de las funciones biopsicosociales, aceleración de la convalecencia, restauración de la capacidad laboral, promoción del reajuste social e integración y comprobación de la recuperación del paciente. El profesional trata de desarrollar destrezas, habilidades y capacidades que permitan a las personas ser lo más autónomas posible.

En la asistencia sanitaria directa el procedimiento de trabajo es muy parecido independientemente del perfil de personas con el que se trabaja. Se valora y recopila información del paciente mediante informes médicos, entrevistas personales y aplicación de pruebas específicas con el fin de conocer la historia

¹⁰⁰⁰ La Universidad de Southern California es pionera en esta materia. Disponible en línea [<http://chan.usc.edu/about-us/os-and-ot/what-is-os/>].

clínica y ocupacional de la persona así como su estado físico, sensitivo, cognitivo, emocional y social, capacidad de realización de las actividades de la vida diaria, tolerancia al esfuerzo y todos aquellos datos necesarios. Tras la evaluación, se identifican los problemas y se establecen los objetivos de tratamiento, realistas y acordes con las capacidades, incapacidades, necesidades e intereses de la persona. Para ello se basa en enfoques, principios y métodos de tratamiento propios de Terapia Ocupacional o compartidos con disciplinas afines.

La figura del terapeuta ocupacional es muy desconocida y se encuentra infravalorada. Las competencias que tiene un preparador laboral, en realidad, son parte de las competencias del terapeuta. El preparador laboral es una figura importada de otros países, que se incorporó como nueva en España al regular el empleo con apoyo, cuando en realidad ya existía el profesional bajo otra denominación¹⁰⁰¹.

El objetivo principal de la terapia ocupacional es ayudar a las personas con discapacidades a alcanzar su mayor nivel de capacidad y funcionalidad y a mejorar su calidad de vida o, al menos, mantenerla y prevenir su deterioro¹⁰⁰². El objetivo del terapeuta es apoyar la salud y la participación en la vida a través del compromiso con la ocupación, lo que incluye un aspecto subjetivo (emocional y psicológico) y objetivos (físicamente observable) de los aspectos del desempeño. La aplicación del tratamiento se realiza a través de actividades significativas, previamente analizadas y seleccionadas por el profesional teniendo en cuenta las capacidades, incapacidades, necesidades, intereses y expectativas de la persona que las va a llevar a cabo y que deben servir para la consecución de los objetivos.

Este profesional cuenta con el perfil óptimo, no solo para la valoración del grado de dependencia, sino para ser incorporado en los equipos de valoración del grado de discapacidad así como en los equipos de valoración de incapacidades donde tendría un papel trascendental en un nuevo servicio dedicado a la readaptación laboral y/o social.

La terapia ocupacional está asumiendo un papel cada vez más importante en la atención sanitaria y social española. El cuerpo doctrinal de la profesión ha tenido influencia en la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF, 2001) y en los sistemas legales europeos de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

¹⁰⁰¹ Vid. ut supra apartado 6.

¹⁰⁰² LAVER FAWCETT, A., *Valoración en Terapia ocupacional y disfunción física. Principios, técnicas y práctica*, Madrid, Elsevier, 5ª edición, 2003, p.107.

14 Análisis estadístico

Para el desarrollo de esta apartado hemos utilizado la información que proporciona el Observatorio de Enfermedades Profesionales (CEPROSS) y de Enfermedades Causadas o Agravadas por el Trabajo (PANOTRATSS)¹⁰⁰³, la base de datos del Instituto Nacional de Estadística referido al año 2013 así como el último informe estatal de la Discapacidad en España con Datos acumulados al año 2013. Asimismo se han tenido en cuenta los datos recogidos en el Informe Olivenza, 2014 sobre la situación de la discapacidad en España¹⁰⁰⁴.

14.1 Discapacidad y mercado de trabajo

Según el Informe del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España 2014¹⁰⁰⁵ una de cada cuatro personas con discapacidad está actualmente ocupada. La tasa de actividad de las personas con discapacidad es del 36 por 100, que equivale al 48 por 100 de la que corresponde a personas sin discapacidad, y

¹⁰⁰³ El sistema PANOTRATSS, fue implantado en 2010 y refleja información sobre las enfermedades no incluidas en la lista de enfermedades profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, así como las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el mismo que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

¹⁰⁰⁴ También existe un informe *“Integración laboral de personas con discapacidad sobrevenida. Líneas que llevan al empleo”* de Fundosa Social Consulting en 2011 se revelaron los siguientes aspectos: Un 82,5 por cien de los casos presentaban una discapacidad sobrevenida. El 80% de los consultados había trabajado previamente a la aparición de la discapacidad, siendo ésta, motivo de su no continuidad en el empleo y de no estar trabajando en el momento de realización del estudio. Un 83% afirmaba recibir una pensión inferior a 500€. Un 76% valoraba los momentos de actividad laboral de manera positiva, vinculándolos a sensaciones de utilidad como persona, integración social, independencia económica y vida activa. Un 83% afirmaba que le gustaría trabajar, aunque el 70% no buscaba empleo. Entre los motivos se encontraron una autopercepción de “incapacidad/inutilidad”, es decir, el individuo considera que no es factible trabajar con una discapacidad, que ya no es “útil” en términos laborales, que nadie contrataría a una persona en sus circunstancias, que no existen trabajos compatibles con su discapacidad... lo que se traduce en una baja autoestima y en consecuencia, en una absoluta falta de motivación hacia la búsqueda de empleo. La persona no es capaz de redireccionar su vida, quedando anclado en un pasado anterior a la discapacidad, donde era capaz de hacer cosas que hoy no puede, sucumbiendo a esa autopercepción de “incapacidad” y desembocando en un posicionamiento de inactividad laboral. Para el estudio se realizaron 600 encuestas a personas con discapacidad, tanto inscritas en la bolsa de empleo FSC Inserta como ajenas a ésta. También se desarrollaron 10 entrevistas en profundidad, y 16 entrevistas pareadas (en las cuales participaban tanto la persona con discapacidad, como algún familiar de ésta. Documento que debe su origen a una investigación realizada en 2010: “Análisis de las situaciones de inactividad, en el colectivo de personas con discapacidad”, cuyo objetivo se centra en la identificación de las razones que subyacen a los elevados niveles de inactividad laboral en el colectivo.

¹⁰⁰⁵ “Informe anual sobre la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral” correspondiente a 2014. Ha sido concebido como un informe diagnóstico inicial, que recoge los datos fundamentales y las tendencias en el mercado de trabajo en relación a las personas con discapacidad. Analiza los principales indicadores y describe el panorama ocupacional de la población con discapacidad. Recoge datos de fuentes estadísticas oficiales, procedentes de organismos nacionales como el INE, SEPE e internacionales como EUROSTAT y OCDE.

apenas ha crecido desde 2009. Junto a esta tasa de actividad más reducida, la situación de las personas con discapacidad en relación con el mercado de trabajo se caracteriza por una tasa de desempleo superior a la de las personas con discapacidad, que en 2008 era del 28 por 100.

Se trata de un colectivo heterogéneo en función de sus características sociodemográficas. Teniendo en cuenta la tasa de empleo como indicador que mide el nivel de acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, la situación es mejor para los hombres, las personas de 25 a 44 años, las personas con discapacidades sensoriales, las que tienen un grado de discapacidad reducido y, sobre todo, las que tienen un mejor nivel formativo. En este caso, no sólo se registran tasas de empleo mucho más elevadas que en el resto del colectivo sino, además, una brecha menor en relación con las personas sin discapacidad del mismo nivel formativo. El nivel educativo resulta clave para explicar esos niveles de acceso, así como la calidad de dichas inserciones¹⁰⁰⁶.

Las nuevas contrataciones se caracterizan por su precariedad e inestabilidad, tal y como ocurre para el conjunto de la población activa de España. El 91 por 100 de los contratos realizados en 2013 son de duración temporal, el 39 por 100 corresponden jornadas parciales y, por término medio, cada persona con discapacidad que ha accedido a un empleo en 2013 ha sido contratada en dos ocasiones diferentes. Si en lugar de analizar las nuevas contrataciones, mediante datos de registro, se analiza la situación de las personas ocupadas, mediante datos de encuesta, la situación es sensiblemente mejor (y similar en determinados aspectos a la de la población sin discapacidad): el 76 por 100 de las personas con discapacidad tiene un contrato indefinido, frente al 78 por 100 de las personas con discapacidad. El 72 por 100 de las personas con discapacidad tienen una antigüedad en la empresa superior a tres años y el 85 por 100 trabaja a jornada completa.

El empleo de las personas con discapacidad se centra en ocupaciones elementales fundamentalmente del sector servicios. En lo que se refiere a nuevas contrataciones, la actividad económica que genera un mayor número de contratos para personas con discapacidad es la que engloba los servicios a edificios y actividades de jardinería. Con más de 24.000 contrataciones, supone un 4,6 por 100 del total de contrataciones que corresponden a esa actividad económica y cerca del 14,2 por 100 de todos los contratos realizados a personas con discapacidad en 2013. Le siguen en orden de importancia las actividades de

¹⁰⁰⁶ Sin embargo, analizando esta situación el 70 por 100 de las personas con discapacidad refiere barreras en el acceso a la educación, la proporción de personas con niveles educativos bajos sigue siendo alta y el abandono educativo precoz de los jóvenes con discapacidad está entre los más elevados de Europa.

servicios sociales sin alojamiento, que representan casi el 9 por 100 de todas las contrataciones realizadas a personas con discapacidad. Desde el punto de vista de la ocupación, las más habituales son las contrataciones para personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares (más de 26.000 contrataciones, que representan el 15,6 por 100 del total), seguidas de los puestos en industrias manufactureras (más de 13.000 contratos, que suponen el 7,7 por 100 de todos los contratos a personas con discapacidad).

El empleo protegido cada vez tiene un papel más importante. Entre los años 2006 y 2013 el volumen de contratos específicos dirigidos a personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo casi se ha duplicado, pasando los contratos específicos que se realizan de 26.000 a 49.000, lo que supone, el 71 por 100 de todos. Esto se ha debido también a la reducción de este tipo de contratos en la empresa ordinaria, pasando de 29.000 a 20.000 contrataciones en el mismo periodo de tiempo.

El salario medio bruto de las personas con discapacidad es un 10 por 100 inferior que el de las personas sin discapacidad, si bien las diferencias salariales se reducen al 5 por 100 una vez descontadas las deducciones y bonificaciones de las que se benefician las personas con discapacidad. El salario del 10 por 100 de los asalariados con discapacidad que más gana es 4,4 veces superior al salario del 10 por 100 que menos gana; este nivel de desigualdad salarial es entre las personas con discapacidad algo más bajo que el que registran las personas sin discapacidad.

La mayoría de las empresas de más de 50 trabajadores incumplen la cuota de reserva del 2 por 100. Según el INE, en el año 2012 el 81,4 por 100 de los asalariados (4.786.000 personas) trabajan en empresas de 50 o más trabajadores que no cumplían la cuota de reserva frente a un 18,6 por 100 (1.092.300 personas) que trabajaban en empresas que sí cumplían dicha cuota. El 13,3 por 100 de los asalariados trabaja en empresas que cumplen suficientemente con la cuota de reserva, situándose el porcentaje de empleados con discapacidad entre el 2 y el 5 por 100. El 5,3 por 100 trabaja en empresas que cumple con la cuota de reserva muy por encima del mínimo exigido por la normativa, situándose por encima del 5 por 100¹⁰⁰⁷.

La integración laboral no garantiza a todas las personas con discapacidad salir de la pobreza y uno de cada seis trabajadores se encuentra en riesgo de pobreza a pesar de encontrarse ocupadas, mientras que el 30 por 100 del total de las personas con discapacidad se encontraría en riesgo de pobreza o exclusión social. Ese riesgo es mayor en la población en la edad activa, de un 40 por 100,

¹⁰⁰⁷ Este análisis no implica una valoración sobre el cumplimiento por parte de las empresas a través de las medidas alternativas de la cuota.

reduciéndose en el caso de las personas mayores de 65 años por debajo del 20 por 100, debido al efecto de las pensiones.

En 2013 se beneficiaron de las diversas ayudas a la contratación de personas con discapacidad 82.847 personas, de las que una parte mayoritaria (más de 64.000) corresponde a personas beneficiarias de ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo. Las administraciones españolas destinaron en 2012 algo más de 262 millones de euros a estas ayudas, con un gasto medio de 3.164 euros por persona beneficiaria¹⁰⁰⁸.

El principal freno para la empleabilidad de las personas con discapacidad lo constituye fundamentalmente el grado de discapacidad¹⁰⁰⁹ más que el tipo de la misma o el origen. Obviamente, mientras más grave es una discapacidad, más dificultades tiene el individuo para poder ejercer un puesto de trabajo con garantías, sin embargo, además el individuo carece en mayor medida de una de las cualidades más demandadas por algunos empresarios como es la polivalencia y la capacidad para ejercer tareas de distintas funciones¹⁰¹⁰.

14.2 Patologías causadas por el trabajo

En el año 2013 se han producido un total de 23.656 patologías causadas por el trabajo, de los cuales 16.796 son expedientes de enfermedades profesionales y 6.860 expedientes de patologías no traumáticas causadas o agravadas por el trabajo. Hay que destacar que, en comparación con Europa, Francia y España son los países con mayor número de enfermedades causadas por el trabajo declaradas.

¹⁰⁰⁸ La Fundación ONCE y su grupo empresarial han tenido un papel muy significativo en la creación de empleo para personas con discapacidad. Actualmente cuentan con 16.300 trabajadores con discapacidad.

¹⁰⁰⁹ Grado 1. Discapacidad nula: los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria, calificación 0%. Grado 2. Discapacidad leve: Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas, calificación 1-24%. Grado 3. Discapacidad moderada. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado, 25 y 49%. Grado 4. Discapacidad grave: Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado, 50-70%. Grado 5. Discapacidad muy grave: Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las AVD, 75-100%. (RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

¹⁰¹⁰ FUNDACIÓN ONCE, UE, Fondo Social Europeo “Estudio sobre la realidad socio laboral de las personas con discapacidad. Galicia” p. 82. Disponible en línea: [http://www.fundaciononce.es/sites/default/files/docs/LIBR.0%2520GALICIA_pL7_2.pdf]

Del total de enfermedades profesionales incluidas en el listado se han reconocido 1.142 lesiones permanentes no invalidantes, produciéndose un incremento del 7,36 por 100 en el número de expedientes de enfermedad profesional respecto al año 2012 con un descenso sin embargo del 4,59 por 100 en lesiones permanentes no invalidantes reconocidas.

Los partes de enfermedades profesionales (algo más del 45 por 100) concretamente 7.599 tuvieron baja laboral y 9.197 se cerraron sin baja laboral con incremento respecto al año 2012 del 1,78 por 100 y del 12,46 por 100 respectivamente.

Por sexos, el 53,41 por 100 corresponde a hombres y el 46,59 por 100 a mujeres. En cuanto a los trabajadores extranjeros estas representan el 7,15 por 100 del total.

Los partes de enfermedades profesionales comunicados en 2013 representan 112,1 casos por cada cien mil trabajadores, dicha tasa es superior a la registrada en el año 2012 pero, sin embargo, inferior a la de los años anteriores.

Por actividad son los trabajadores de las “industrias extractivas” los que padecieron en mayor índice con 435,1 casos por cada cien mil trabajadores, seguida por la “industria manufacturera” con 391,63 casos.

Las enfermedades profesionales causadas por “agentes físicos” tienen la mayor incidencia con 93,6 por cada cien mil trabajadores. A continuación las “enfermedades de la piel”, las causadas por “agentes biológicos” y las causadas por “inhalación de sustancias”.

En el año 2013 se han diagnosticado 6.860 patologías no traumáticas de las que 5.317 son enfermedades causadas por el trabajo y 1.543 son el número de enfermedades agravadas por el mismo. Las patologías más frecuentes son las enfermedades del aparato locomotor, siendo su mayor incidencia en la industria manufacturera seguida del comercio al por mayor y al por menor.

La edad media en los procesos de enfermedad profesional es muy similar entre hombres y mujeres. El intervalo modal es de 40 a 44 años, si bien en las mujeres se desplaza hacia el intervalo superior de 45 a 49. La proporción de enfermedades que corresponden a mayores de 60 años es mínima, el 3,21 por 100, siendo mayor la proporción en hombres que en mujeres. Se observa una clara correlación entre la edad y la duración de los procesos: a mayor edad, procesos más largos.

En el momento del cierre del proceso se revisa la contingencia inicial pudiendo ser éste cerrado o bien confirmado como enfermedad profesional, como accidente de

trabajo o como enfermedad común, existiendo la posibilidad de la calificación definitiva de dichos procesos por parte del INSS.

En este sentido las contingencias definitivas se establecieron de la siguiente manera en el periodo analizado: accidente de trabajo 2,65 por 100; enfermedad profesional 90,79; enfermedad común 6,56 por 100.

Las causas de cierre del proceso de enfermedad profesional analizando los datos, la más frecuente tanto en hombres como en mujeres es el alta médica laboral a la que corresponden algo más del 85 por 100 de los casos, el alta laboral con propuesta de cambio de trabajo es poco frecuente: 0,37 por 100 en hombres (con un número de 12 de un total de 3.218 casos) y, aún más llamativo en mujeres: el 0.06 por 100 (2 casos de 3.296).

En los procesos cerrados en 2013 con propuesta de invalidez, 183 de la que la mayor parte son hombres (138 hombres frente a 45 mujeres) representan el 4,20 por 100 y el 1,37 por 100 respectivamente del total de los casos.

Del análisis de la distribución por grado de discapacidad y sexo la incapacidad permanente total le fue reconocida a 205 hombres y 58 mujeres de un total de 263 (recordemos que los procesos cerrados durante el año 2013 fueron 6.514), reconocida incapacidad permanente absoluta a 67 hombres y 4 mujeres; en cuanto a la gran invalidez 1 hombre, ninguna mujer y lo más llamativo, sin duda, es que no ha sido reconocida ninguna incapacidad parcial al cierre del total de los expedientes.

Del análisis de los resultados anteriores, llama poderosamente la atención la inexistencia del reconocimiento de ninguna incapacidad parcial y el bajísimo número de reconocimiento del grado de incapacidad absoluta, fundamentalmente en el caso de mujeres. El grueso de las incapacidades reconocidas es en el grado de total para la profesión habitual, por lo que puede considerarse que no se toman las medidas adecuadas ni para la adaptación del puesto de trabajo, ni existe un fomento del mantenimiento del puesto de trabajo en empleados que hayan sufrido unas secuelas que dificulten su actividad laboral.

A continuación hacemos mención de los datos de la “Explotación de la Encuesta de Población Activa, y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad del año 2013”¹⁰¹¹

14.3 Características de la población activa con discapacidad

¹⁰¹¹ Instituto Nacional de Estadística, 5 de diciembre de 2014.

En el año 2013 se contabilizaron 1.428.300 personas con certificado de discapacidad en edad de trabajar, de 16 a 64 años, lo que supuso el 4,7% de la población total en edad laboral.

En la población activa con discapacidad se observa mayor porcentaje de hombres, más peso del grupo de 45 a 64 años, y menos representación de las personas con estudios superiores que en la población activa sin discapacidad. Esto último puede determinar alguna diferencia en la situación laboral, especialmente en la tasa de paro, entre ambas poblaciones.

En cuanto a las ramas de actividad, los ocupados con discapacidad tienen más representación en *actividades sanitarias y de servicios sociales, actividades administrativas y servicios auxiliares y en administración pública y defensa, seguridad social obligatoria*.

El porcentaje de asalariados con discapacidad en las empresas de 50 o más trabajadores del sector privado es del 2,2%. En esta cifra están incluidas las entidades especializadas en la inclusión social de personas con discapacidad. En las empresas de menos de 50 trabajadores el porcentaje se sitúa en 1,4 %.

14.3.1 Discapacidad y mercado laboral según sexo

En 2013 había 202.400 hombres con discapacidad ocupados, el 58,4% del total de ocupados con discapacidad, frente a 144.200 mujeres, el 41,6%.

La tasa de empleo de los varones con certificado de discapacidad superó en 3.8 puntos a la de las mujeres.

Por su parte la tasa de paro de las mujeres con certificado de discapacidad en 2013 (35,3%) era superior a la de los hombres (34,9%). Las diferencias entre las tasas de desempleo de las mujeres y hombres resultan mínimas en ambos colectivos.

14.3.2 Discapacidad y mercado laboral según la tipología de discapacidad

La participación laboral está muy determinada por el tipo e intensidad de discapacidad. La tasa de actividad asociada al grado de discapacidad de menor intensidad (inferior al 45%), se situó en el 54,8% en 2013. Según aumenta la intensidad de discapacidad la tasa de actividad disminuyó hasta el 14,1%.

Las personas con deficiencias auditivas presentaron las mayores tasas de actividad (59,5%). En el extremo opuesto, la deficiencia intelectual registró las menores (27,5%).

Las personas con deficiencias en el sistema digestivo, metabólico y endocrino, presentaron tasas de actividad del 45,5%, las personas con afectación del sistema visual 44,25, del sistema osteoarticular el 42,8%, de los sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio, el 32,1%, aquellas con trastorno mental el 31,2 y del sistema neuromuscular el 29,7%.

14.3.3 Ocupación y discapacidad

La mayoría de los trabajadores con discapacidad son asalariados, tienen contrato indefinido, jornada completa, y desempeñan su actividad en el sector servicios.

Así, el 88,4% de las personas con discapacidad que trabajó en 2013, lo hizo como asalariado (6,1 puntos más que las personas sin discapacidad), el 79.2% de ellos, tenía contrato indefinido (2,4 puntos más que la población sin discapacidad).

El 82,3% de los ocupados con discapacidad trabajaba a jornada completa (2,4 puntos menos que las personas sin discapacidad).

El 81% de los ocupados con discapacidad desempeñó su actividad en el sector servicios, frente al 75,8% de quienes no tenían discapacidad.

14.3.4 Medidas que incentivan la participación en el mercado laboral ordinario

Entre las políticas destinadas a fomentar la actividad laboral del colectivo, están las que favorecen su inserción en el empleo ordinario. Entre ellas cabe destacar las reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización, tanto para los trabajadores asalariados como por cuenta propia. En el caso de los trabajadores asalariados, la modalidad de contratación específica para trabajadores con discapacidad, además de conllevar bonificaciones en las cuotas de cotización a la Seguridad Social, contempla determinadas subvenciones.

Durante el año 2013, el 26,6% de las personas con discapacidad ocupadas que cotizaron a la Seguridad Social tenía algún tipo de deducción en las cotizaciones.

Por su parte el 26,6% de los asalariados con discapacidad tenía la modalidad de contrato específico de discapacidad.

Las deducciones en las cuotas de cotización y la contratación específica beneficiaron sobretudo a la población masculina, al grupo de edad de 16 a 44 años, al grupo de discapacidad asociada a la deficiencia intelectual, y a las personas con un grado de discapacidad entre el 65 y el 74%.

14.3.5 Protección de la discapacidad y actividad

Las Prestaciones Sociales Públicas son pensiones y subsidios abonados con cargo a los recursos de carácter público cuya finalidad es cubrir situaciones de incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia, protección familiar, desempleo para personas mayores de 52 años, y otras mejoras estatutarias y prestaciones complementarias. Por ello, suponen una importante herramienta de apoyo para la situación de la discapacidad.

De cada 100 personas en edad laboral, 11 percibieron una prestación en 2013. En el caso específico de personas con discapacidad, el sistema público de prestaciones benefició a 822.600 (57 de cada 100). De ellas, un 21,7% (178.800 personas) eran activas.

Entre las personas con discapacidad perceptoras de prestaciones, el 79,2% (651.500) recibió la prestación debido a una incapacidad laboral. Por su parte, el 2,8% (23.000) de las personas con discapacidad que percibieron alguna prestación, lo hicieron exclusivamente en términos no contributivos, es decir, sin haber cotizado previamente por ellas.

En 2013, el 17,4% de las personas con discapacidad (248.500) tenía también reconocida oficialmente la situación de dependencia. De estas, 17.200 (un 6,9% de las personas con discapacidad dependientes) permanecieron laboralmente activas.

Del Informe Olivenza, 2014¹⁰¹² las personas con discapacidad evidencian una desventaja en cuanto a resultados de inclusión social, cuantificada en una distancia de casi un 33 por 100, respecto al nivel que alcanza la población en general en esos mismos indicadores. Exactamente, la diferencia del salario medio entre la población general y la población con discapacidad se sitúa en un 32,98 por 100.

Los indicadores en los que la desventaja es más evidente son, por este orden: el indicador de población con pobreza severa y el indicador de población en situación laboralmente activa. Si se combina el análisis de la distancia porcentual con la diferencia en puntos porcentuales, el indicador que representa diferencias más evidentes entre la población con y sin discapacidad es el de la tasa de actividad.

De dicho informe destacamos la relación con la actividad de las personas con discapacidad reconocida en edad de trabajar, donde se ha producido en el periodo 2008-2013 una evolución positiva en todos los parámetros estudiados. Un ejemplo

¹⁰¹² Observatorio Estatal de la Discapacidad, Informe Olivenza 2014, sobre la discapacidad en España (versión preliminar, sometida a revisión), Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, P. 461.

lo encontramos en las personas ocupadas de ambos sexos, que partiendo de la cifra de 244.600 en el año 2008 alcanza los 346.600 en el año 2013¹⁰¹³.

Sin embargo, es desolador comprobar la diferencia existente al año 2013 entre las personas con discapacidad y sin ella, referida a la tasa de empleo. El 24,30 por 100 de las personas con discapacidad acceden a un empleo frente al 57,1 por 100 de las personas sin discapacidad, siendo más llamativa la diferencia en la tasa de actividad: un 37,4 por 100 de las personas con discapacidad frente a un 77,20 entre las personas sin discapacidad¹⁰¹⁴.

Las personas con discapacidad reconocida en edad de trabajar según su relación con la actividad (2008-2013) arroja datos que evidencian un mayor porcentaje de las personas con discapacidad en situación de desempleo que aumenta progresivamente en el grupo de edad de 25 a 44 años, estabilizándose en el grupo de edad de 45 a 64¹⁰¹⁵.

En cuanto a las tasas de actividad, empleo y desempleo de las personas con discapacidad reconocida en edad de trabajar, por tipo de discapacidad (2008-2013):

En la tasa de actividad se observa una progresión significativa en las personas con discapacidad física y sensorial, pasando del 33,40 por 100 del año 2008 al 37,40 por 100 en el año 2013; una práctica estabilización de las personas con discapacidad intelectual, entorno a un 27,50 por 100, incrementándose en mayor medida la tasa de actividad en personas con trastorno mental, pasando de un 20 por 100 en el año 2008 a un 31,20 por 100 en el año 2013¹⁰¹⁶.

Sin embargo, del estudio de la tasa de empleo, se deduce que las personas con discapacidad física y otras ha pasado del 35 por 100 en el año 2008, al 30,20 por 100 en el 2013. Las personas con discapacidad intelectual han pasado del 20,1 por 100 de tasa de empleo en el año 2008, al 15,9 por 100 en el año 2013, estabilizándose entorno a un 15 por 100 en las personas con trastorno mental.

Resaltamos las cifras que arroja el Informe sobre el porcentaje del total de ocupados en personas con discapacidad reconocida ocupadas según su situación profesional donde los datos de los asalariados del sector público se han venido incrementando paulatinamente del 18,8 por 100 al 24 por 100 (durante los años

¹⁰¹³ Ibídem, p. 463, tabla 22.

¹⁰¹⁴ Ibídem, p. 464, tabla 23.

¹⁰¹⁵ Ibídem, p. 465, tabla 24.

¹⁰¹⁶ Observatorio Estatal de la Discapacidad, Informe Olivenza 2014..., ob. cit., p. 471, tabla 30.

2008-2013). Los porcentajes de los asalariados del sector privado, sin embargo aun siendo muy superiores han venido disminuyendo suavemente desde el 67,9 al 64,4 por 100¹⁰¹⁷.

El dato más significativo del Informe en cuanto a las personas con discapacidad reconocida según el sector de actividad, es que el porcentaje mayor de ocupados lo es en el de servicios alcanzando en el año 2013 un 81 por 100, frente al 2,5 por 100 de la agricultura, el 13,60 por 100 de la industria o el 2,9 por 100 de la construcción¹⁰¹⁸.

Por último, del estudio de las pensiones contributivas de incapacidad permanente por grados e importe de la pensión media mensual (datos a 1 de octubre de 2014) es destacable la práctica inexistencia de reconocimiento de invalidez parcial pues únicamente se recoge el reconocimiento de 104 pensiones todas ellas teniendo como contingencia accidentes de trabajo, frente a las 352.886 pensiones reconocidas de incapacidad permanente absoluta, las 296.145 pensiones por incapacidad permanente total del 55% o las 230.410 pensiones reconocidas por incapacidad permanente total del 75% ¹⁰¹⁹.

También podemos destacar los siguientes datos: según la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad del INE elaborada en el año 2015, 1.428.300 personas en edades comprendidas entre los 16 y los 64 años y residentes en hogares españoles tenía certificado de discapacidad en el 2013. Esta cifra representa el 4,7% de la población activa en edad de trabajar. En lo relativo al mercado laboral, lo más destacable es su baja participación, con una tasa de actividad del 37,40%, casi 40 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. Esta tasa ha aumentado ligeramente desde 2009. El número de personas con discapacidad inactivas aumenta notablemente con la edad y el grado de discapacidad reconocido. El desempleo aumentó en mayor medida en el colectivo de personas con discapacidad que para el resto, tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres, sin embargo, el número de contrataciones de personas con discapacidad, se ha incrementado en más del 18% con respecto a la del año anterior, alcanzando el valor más alto de la última década, siendo más importante entre los hombres que entre las mujeres¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ *Ibídem*, p. 473, tabla 32.

¹⁰¹⁸ *Ibídem*, p. 474, tabla 33.

¹⁰¹⁹ *Ibídem*, p. 490, tabla 52.

¹⁰²⁰ OBSERVATORIO DE OCUPACIONES, *Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal, datos 2014*, Madrid, INE, 2015, pp. 12 y 13.

Disponible en línea

[http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2501-1.pdf].

Por otra parte, el Informe sobre las pensiones de Incapacidad Permanente en vigor a 1 de agosto de 2015 realizado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ¹⁰²¹ arroja que se encuentran en situación de incapacidad permanente laboral un total de 933.072 personas y, entre ellas, 32.674 personas en situación de Gran Invalidez (percibiendo una pensión media de 1.816,47€); 353.051 personas en situación de Incapacidad Permanente Absoluta (con una pensión media de 1.446,22€); 296.206 personas en situación de Incapacidad Permanente Total del 55% (con una pensión media de 607,74€); 237.063 personas con Incapacidad Permanente Total del 75% (con una pensión media de 897,53€) y 46 personas en situación de Incapacidad Parcial (con una pensión media de 156,07€)¹⁰²².

A mayor abundamiento la Encuesta de Integración Social y Salud (EISS 2012) recoge que seis de cada diez personas han señalado algún motivo por el que no pueden acceder al tipo de trabajo que consideran adecuado. La barrera principal para acceder a un trabajo es la falta de oportunidades de trabajo (40,9% de la población), seguida de la falta de experiencia o cualificación (20,4%). Estos porcentajes aumentan entre las personas desempleadas al 84,2% y 31,2%, respectivamente. Los motivos de salud son citados por el 6,9% de la población. Las personas con discapacidad para acceder a un trabajo adecuado señalan, además de la falta de oportunidades (46,1%) y de la falta de cualificación o experiencia (35,8%), dificultades para llegar al puesto de trabajo (23,8%), la falta de confianza propia o de otras personas (22,2%) y la pérdida de beneficios en caso de acceder al trabajo (20,0%)¹⁰²³, dato muy relevante.

El principal problema que hemos detectado a nivel estadístico, es la inexistencia de datos que relacionen las diferentes situaciones de incapacidad y discapacidad. No se pueden adoptar medidas adecuadas si se desconoce la verdadera situación de las personas a las que se dirige. Es imprescindible conocer el número de personas que cuentan con el grado de discapacidad acreditado y si las personas con discapacidad, cuentan, además con una situación de incapacidad.

Se han realizado tres macro-encuestas en 1986, 1999 y 2008, que en la actualidad no cubren las necesidades de información sobre los fenómenos de discapacidad, incapacidad o dependencia. Sería necesario contar con datos más actualizados

¹⁰²¹ [http://www.segsocial.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Incapacidad_permanente/150237].

¹⁰²² Disponible en línea [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_Comunidades_Aut_nomas_y_provincias/ESTC_005357].

¹⁰²³ Esta encuesta es la primera adaptada a la CIF 2001, en ella se han entrevistado a 14.600 personas entre los meses de septiembre de 2012 y febrero de 2013. Disponible en línea [<http://www.ine.es/prensa/np817.pdf>].

para poder contribuir a un diseño de políticas sociales y de programas de atención dirigidos a estas personas, más cercana a la realidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La autonomía individual, la seguridad económica, la igualdad y la integración plena de las personas con diversidad funcional sólo puede conseguirse por medio de su participación en el mercado laboral, ya que el empleo es fundamental para conseguir ingresos económicos y una verdadera independencia. Desarrollar mecanismos para mantener a las personas con incapacidad, laboralmente activas, es una inversión para la sociedad.

Los datos estadísticos publicados por el INE, no cubren las necesidades de información sobre los fenómenos de discapacidad, incapacidad o dependencia existentes en la actualidad. Sería necesario contar con datos más actualizados para poder contribuir a un diseño de políticas sociales y de programas de atención dirigidos a estas personas, más cercana a la realidad.

SEGUNDA.- El concepto “discapacidad” ha evolucionado hasta ser considerado el resultado de un conjunto de condiciones muchas de las cuales se encuentran originadas o agravadas por el entorno social y así se recoge en la Convención Internacional sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad, 2006 ratificada por España 2008.

Además, hoy en día contamos con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Salud y la Discapacidad de 2001 (CIF, 2001) que proporciona una descripción de situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sus restricciones, los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales que se encuentran interrelacionados. Desde el punto de vista médico, no hablaríamos de incapacidad sino de *deficiencias*, que son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida y de *limitación en la actividad*, que son las dificultades que un individuo puede tener en el desempeño o realización de actividades o la restricción en la participación. Todos ellos, se encuentran incluidos bajo el concepto global de discapacidad. Por lo tanto, el concepto de “discapacidad” debe interpretarse como “la condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable que acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales psíquicas” (STJUE HK Danmark As. acumulados C-335/11 y C-337/11).

La legislación laboral se debe adecuar a esta interpretación del TJUE y hacer equivalentes las bajas médicas prolongadas a una situación de discapacidad revisable. La enfermedad y la discapacidad no son entidades diferentes y autónomas sino que existiría una nueva categoría que es la enfermedad prolongada y limitante por tiempo indeterminado, equivalente a la discapacidad,

que queda comprendida en la protección antidiscriminatoria, que había sido rechazada, hasta ahora.

TERCERA.- La incapacidad laboral y discapacidad no pueden ser tratadas como instituciones de naturaleza y finalidades diferentes. Si bien la definición de los tipos de incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo y la definición de los grados de discapacidad incluye otras dimensiones de la vida social como la educación, participación en actividades sociales, económicas y culturales, no podemos dejar de apreciar que la coincidencia de sus ámbitos de cobertura, es amplia.

El legislador, conforme a la Convención, ha recogido en el segundo apartado del art. 4 TRLGDPD esa equivalencia “y a todos los efectos,” tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas con un grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Se trata de una equivalencia acertada, puesto que cuando le es reconocida una incapacidad permanente a un trabajador, indefectiblemente, el mismo, se encuentra aquejado de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que, objetivamente, limitarán las actividades de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad.

En el ámbito de empleo significa que esta nueva norma viene a modificar sustancialmente la línea jurisprudencial defendida por el Tribunal Supremo que descartaba esta asimilación.

CUARTA.- Asimilar la gran invalidez con la discapacidad es positivo pero se trata de una equivalencia limitada en una sola dirección. En el Sistema de Seguridad Social hace ya tiempo que se reconoce y protege con prestaciones económicas específicas la situación de personas que precisan asistencia de un tercero. La gran invalidez es el grado de incapacidad que se refiere a la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer o análogos (art. 137.6 LGSS/1994). También a nivel no contributivo se prevé una prestación específica para quienes “necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”(art. 145.6 LGSS/1994). En el ámbito social, quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de tercera persona según el RD 1971/1999, de 23 de diciembre para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán

reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga la Ley 39/2006 de 14 de diciembre (DA novena).

Como las propias normas recogen, existen espacios de coincidencia que no pueden corresponder bien privativamente a la Seguridad Social, bien a la protección de las personas con discapacidad o dependencia al tratarse de las mismas personas, por lo que los beneficiarios no pueden estar determinados mediante procedimientos distintos en uno y otro sector del ordenamiento laboral y social. Se trata de equivalencias acertadas pero que deben contemplarse también en la otra dirección.

En mi opinión, carece de toda lógica el tratamiento que se da a la situación contraria. El reconocimiento de un importante grado de discapacidad, por ejemplo, del 65%, en una persona laboralmente activa, (en situación de baja por enfermedad) debe tener efectos en el tratamiento otorgado por el sistema de la Seguridad Social, ya que necesariamente, sus limitaciones tendrán una repercusión en su capacidad laboral. No puede ignorarse este hecho que, en la práctica, da lugar a situaciones paradójicas al no ser en absoluto vinculante. En este sentido, el frecuente reconocimiento de resoluciones administrativas contradictorias, deben ser evitadas en aras de la mayor garantía del sistema.

QUINTA.- Es necesario suprimir la causa de extinción contractual automática por incapacidad. Este tipo de extinción de la relación laboral con fundamento en el art. 49.1 e) ET puede apartar a un trabajador de aquel puesto para el que tiene formación y experiencia adecuadas, despreciando toda su capacidad residual e incentivando que se acomode a una situación de incapacidad por la que percibirá una cuantía económica, normalmente entre el 55 y 75 por 100 de su base reguladora que, si bien implica un empobrecimiento de su situación económica, puede ser suficiente, normalmente, para su supervivencia. Esta situación tiene como consecuencia desincentivar la búsqueda, por parte del trabajador afecto, de un nuevo trabajo.

Se debe suprimir la causa de extinción contractual automática por incapacidad total, absoluta o gran invalidez. Considero que se debería exigir, previamente, realizar las adaptaciones precisas en el puesto de trabajo para que pudiera ser desempeñado por el trabajador o analizar la posibilidad de darle ocupación efectiva en otro puesto adecuado a sus capacidades. Al efecto, el Estado debería generar ayudas e incentivos económicos y profesionales para que la realización de las adaptaciones o ajustes necesarios puedan resultar viables para las empresas.

En este contexto, la clasificación tradicional sobre la incapacidad laboral recogida en la legislación, fundamentalmente en lo relativo al concepto de “incapacidad total para su puesto de trabajo habitual”, está claramente obsoleta. Responde a una

clasificación que no se adecúa a la evolución experimentada por la sociedad. Son las limitaciones funcionales, y no los diagnósticos, las que consolidan una situación de incapacidad. La regulación vigente protege al trabajador que pasa a una situación de incapacidad permanente total o absoluta, por tanto, de discapacidad sobrevenida, sólo en el caso de que se produzca una mejoría y recupere su capacidad para desempeñar un puesto de trabajo similar al que ocupaba con anterioridad a la situación invalidante, pero no ampara la situación del trabajador que puede desarrollar un trabajo distinto en la misma empresa, con o sin las adaptaciones precisas. Es precisamente esta, una de las principales carencias de nuestro sistema, que habría que superar estableciendo mecanismos apropiados.

SEXTA.- El actual sistema normativo de Seguridad Social no contribuye a la prevención activa de los accidentes ni tutela adecuadamente la salud y seguridad en el trabajo.

El interés concurrente de empresario y trabajador por establecer la existencia de un accidente de trabajo, independientemente de su naturaleza, dificulta, por impreciso, la programación y aplicación de una adecuada política preventiva.

Por otro lado, la homogeneidad en las cuotas de las empresas para cubrir los riesgos independientemente de su mayor o menor siniestralidad, dentro del mismo sector productivo, constituye otro elemento que desincentiva la labor preventiva dentro de las empresas.

Como se sabe, existe un tratamiento más favorable de los riesgos profesionales, aun cuando en mi opinión, sería más adecuado otorgar una idéntica protección para la situación de necesidad que se genera, independientemente de su origen, profesional o común, ya que quien sufre un problema de salud que le incapacita para la actividad laboral, padece el mismo estado de necesidad por la suspensión del contrato, lo que debe corresponderse con las mismas prestaciones sociales. Este sistema, lejos de ser neutro en materia protectora y preventiva, pervierte ambas perspectivas.

SÉPTIMA.- Es necesario regular mecanismos que otorguen una adecuada protección y estimulen hacia una vida laboral activa. Las pensiones no pueden constituir el sistema de inserción socioeconómica de las personas con discapacidad más importante de España. Deben revisarse los incentivos y medidas disuasorias derivadas de los regímenes de prestaciones para hacer que el trabajo sea más atractivo mejorando la compatibilidad entre las pensiones y el empleo.

Por otra parte, se debe evitar que los trabajadores afectados de una grave enfermedad se vean obligados a acudir a los tribunales para obtener el reconocimiento de una incapacidad. Llama la atención el escaso número de

incapacidades permanentes parciales que se reconocen en la actualidad. Esta situación se puede explicar porque al reconocer una incapacidad parcial el trabajador tendrá derecho a una indemnización de 24 mensualidades, pero sin garantías de salud a largo plazo. El temor a que ese mismo trabajador solicite el reconocimiento de una incapacidad total, hace que apenas se reconozcan las primeras. Como consecuencia se expulsa del ámbito laboral a un trabajador que, posiblemente no llegara a esa situación de incapacidad total si se hubiera adaptado el puesto. Una posible alternativa, a mi juicio interesante, sería invertir parte de esa indemnización en la adaptación del puesto de trabajo.

OCTAVA.- Existen numerosas estrategias, planes y programas de acción dirigidos a personas con discapacidad, elaborados por diferentes organismos. Es necesaria una adecuada evaluación de estos programas para demostrar su eficacia porque es difícil acceder a información relacionada con el grado de cumplimiento y los objetivos alcanzados. Es imprescindible una mayor coordinación de los organismos implicados. El diseño teórico del modelo es muy positivo pero se detecta una grave falta de coordinación en la práctica que se podría solventar a través de la creación de una entidad que supervisara todo el proceso de rehabilitación sanitaria, laboral y social.

NOVENA.- Se deben reformular los mecanismos de integración laboral. Dentro de las fórmulas que existen para el empleo de personas con limitación funcional distinguimos las generadas para trabajadores con incapacidad y las dirigidas a personas con discapacidad. En este contexto, propongo la unificación de los criterios teniendo en cuenta los cambios normativos operados, ya que se dirigen a las mismas personas.

Respecto a las primeras, nuestro ordenamiento contempla una serie de medidas de empleo selectivo que tienen por objeto favorecer el retorno a la empresa de trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que, con posterioridad, recuperan su capacidad laboral. Su efectividad es cuestionable.

Las cláusulas convencionales que prevén la obligación de recolocación de los trabajadores en determinadas circunstancias están redactadas de forma genérica y conducen a problemas interpretativos sobre los posibles beneficiarios. Por otra parte, la Jurisprudencia ha interpretado las cláusulas en el sentido de no imponer a la empresa la creación de un trabajo *ad hoc* para el trabajador si no existe ningún puesto adecuado a las limitaciones que presenta o si no existe vacante en el momento de la solicitud. Sólo estará obligada a crear un puesto de trabajo *ex novo* si el convenio así lo establece expresamente. En definitiva, la eficacia de estas medidas dependen, en última instancia, de la voluntad de la empresa por ello mi propuesta en este punto es generar ayudas a éstas, que incentiven el

mantenimiento de un puesto de trabajo en la empresa mediante las oportunas adaptaciones.

Asimismo, la LPRL contempla en su art. 15 de los principios de la acción preventiva, la adaptación del trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, pero esta es una medida, que en la práctica, apenas se aplica. Consideramos que la configuración de la recolocación como un ajuste razonable supondría un importante freno a las posibilidades extintivas que ofrece el ordenamiento jurídico por la vía del art. 49.1.e) ET en caso de declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o por vía del art. 54. a) ET fundado en causas objetivas por ineptitud del trabajador conocida o sobrevendida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Ambas medidas presentan gran virtualidad para garantizar el empleo.

Respecto a las segundas, señalar que las personas con incapacidad permanente, al ser personas con discapacidad, también podrían verse beneficiadas de esas medidas de acción positiva como la cuota de reserva, medidas alternativas, incentivos a la contratación, empleo con apoyo, empleo protegido o enclaves.

De un lado, el problema que se plantea respecto a la cuota de reserva o las medidas alternativas es su habitual incumplimiento, siendo económicamente más rentable para los actores productivos correr el riesgo de ser sancionados y abonar las multas que les fueren de aplicación, antes que la contratación de personas con discapacidad. Por ello entiendo como elemento imprescindible el refuerzo del control y seguimiento de la Inspección de Trabajo en el cumplimiento de la cuota del 2% de empleo de personas con discapacidad en las plantillas de las empresas de más de 50 trabajadores de las empresas y Administración pública o en su caso, de las medidas alternativas, previstas por la legislación.

De otro, en relación con los incentivos económico-financieros a la contratación, considero que deberían vincularse al empleo ordinario y, en la medida de lo posible, al empleo indefinido. De igual modo que deberían actualizarse periódicamente y, sobre todo, facilitar la información a las empresas para que adviertan de forma clara los atractivos en estas fórmulas de contratación y sean capaces de vencer, en su caso, las iniciales resistencias.

La fórmula del contrato temporal es la práctica más extendida para el fomento de empleo de trabajadores con discapacidad. Podría explicarse por la existencia de incentivos fiscales para la contratación temporal, pero su consecuencia es, no se ignore, una indeseable rotación de mano de obra. Si bien uno de los mayores riesgos era el encadenamiento de contratos temporales de fomento de empleo con trabajadores con discapacidad con la misma o distinta empresa, la norma lo ha

evitado mediante la incorporación de excepciones. Quizás sería adecuado incrementar la compensación económica por la extinción del contrato como medida para fomentar la contratación indefinida.

Respecto a las subvenciones, existe la posibilidad de que la subvención se otorgue a contrataciones que se hubieran realizado aun sin la existencia de la misma, que la existencia de intervenciones a favor de la contratación de determinados colectivos y no de otros, hace que disminuya el coste relativo de la contratación de los primeros, lo que puede dar lugar a que la subvención, no genere una nueva contratación sino que simplemente influya sobre las características de los trabajadores que ocupan los puestos vacantes. Y, por último, los recursos dedicados a estas medidas han de ser financiados con impuestos que recaen sobre todas las empresas y trabajadores, tanto los que reciben subvenciones como los que no. Todo ello permite cuestionarse sobre la adecuación de su configuración.

Asimismo, el esquema de bonificaciones previsto en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, dificulta el mantenimiento del puesto de trabajo en los casos en que se adquiere una situación de discapacidad sobrevenida durante la vigencia de la relación laboral con su empresa, en virtud de las exclusiones fijadas en el art. 6.1.c) y d) de dicha Ley. Ambos apartados impiden el acceso a bonificación a los contratos formalizados con empleados que hayan trabajado durante los dos años anteriores en la misma empresa en el caso de que tuvieran un contrato indefinido, o durante los seis meses previos, si éste fuera temporal, así como en los casos en que el trabajador hubiera estado activo laboralmente con un contrato indefinido en cualquier otra empresa durante el trimestre anterior a la fecha de la formalización del contrato, salvo que hubiera sido despedido de forma improcedente o en el marco de un despido colectivo. Este régimen bloquea la aplicación de los incentivos a la contratación previstos en la ley a las personas que teniendo un contrato previo con la empresa adquieran una discapacidad por enfermedad común, accidente laboral o cualquier otra causa.

DÉCIMA.- Por ello, es deseable que se potencie y refuerce un control y seguimiento de los centros especiales de empleo, los enclaves laborales y de los centros ocupacionales.

El empleo con apoyo en el empleo ordinario resulta un recurso muy interesante pero restrictivo. En mi opinión, debería ser una modalidad de empleo dirigida a un perfil de destinatarios más amplio y no sólo aquellos con discapacidad severa. No me parece adecuado el establecimiento de unos tiempos de dedicación de los preparadores laborales dedicados a los trabajadores en función del tipo de discapacidad, ya que esta podría ser menor o mayor, dependiendo de las necesidades de cada persona. De cualquier manera, las proporciones de tiempo de dedicación que establece la norma, resulta antieconómica.

En cuanto a las unidades de apoyo en los CEE, la labor sería la misma pero dentro de un entorno protegido. Existe un refuerzo doble para promover la integración de personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, o personas sordas o con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; personas con discapacidad física o sensorial con un grado igual o superior al 65% frente al resto de personas con discapacidad. Esto permite plantearse si el resto de personas con discapacidad están siendo discriminadas.

En este sentido, no puedo dejar de evidenciar una importante crítica al modo en el que se realiza esa clasificación. Recordemos que la CIF establece condiciones de salud (enfermedades, desórdenes, lesiones) y dominios funcionamiento-discapacidad con dos componentes: a) estructuras y funciones corporales, que serán íntegras o con deficiencia y b) actividad y participación, dependiendo de si se pueden realizar tareas o están limitadas. Pues bien, los tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad no se establecen teniendo en cuenta esta Clasificación de la OMS, y esto es un error. Lo importante para establecer la intensidad de un tratamiento para estimular la empleabilidad no debe ser la condición de salud, esquema que siguen las normas, sino el grado de actividad y participación que esa persona tiene o podrá llegar a tener, y que le permitirá realizar o no las tareas propias de su actividad laboral.

Como he intentado destacar a lo largo del estudio, considero que el empleo con apoyo no debe entenderse como un tipo de empleo, sino como una herramienta para conseguir un fin, no otro que la recolocación o la integración laboral. En mi opinión, debe plantearse como un refuerzo transitorio que iría de mayor a menor intensidad, en la medida que la persona fuera adquiriendo las competencias necesarias para desenvolverse en su puesto de trabajo. Ese apoyo, transitorio, puede ser necesario para cualquier persona con discapacidad. Es esencial que el preparador laboral cuente con amplios conocimientos en materia de discapacidad o daño sobrevenido.

Es interesante y positiva la fórmula de los enclaves al facilitar la transición desde el empleo protegido en el CEE, al empleo ordinario. Al trabajador con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno competitivo y a la empresa colaboradora, le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que podría finalmente llevarle a decidir incorporarlos a su plantilla.

En idéntico contexto, también propongo que se arbitren fórmulas para que la contratación pública desarrolle su potencial como mecanismo integrador, capaz de suplir o completar las deficiencias del sector privado.

Desde luego, es destacable el importante papel que en este momento están jugando las agencias de colocación debidamente autorizadas para realizar esta gestión, antes correspondiente a las oficinas de empleo. Es evidente que los Servicios Públicos carecían de la especialización necesaria para intermediar en el mercado laboral, de suerte que permitir que las asociaciones vinculadas a la discapacidad asuman estas funciones es una garantía de éxito, como así se está demostrando.

En realidad, la diferenciación tradicional entre el empleo ordinario y el empleo protegido ha perdido buena parte de su sentido dada la necesidad de establecer programas y políticas de transición flexibles entre ambos tipos de empleo. Por ello lo relevante, no es el tipo de empleo ordinario, protegido o autónomo, en los términos del TRLGDPD, sino que será proceder a la elección del puesto adecuado a las capacidades de la persona. Para ello es trascendental la realización la adaptación del puesto de trabajo, la realización de ajustes razonables y sobretodo, contar con profesionales expertos que intervengan en su ejecución.

UNDÉCIMA.- Es oportuno resaltar que las consideraciones de empleo y trabajo no pueden ser atendidas de manera exclusiva e independiente de otros aspectos, porque cuando se produce una incapacidad laboral también se afectan el resto de dimensiones de la vida social de la persona. Participo de la opinión de que el INSS debería ser el organismo que valorara la enfermedad, el grado de discapacidad y el nivel de dependencia para evitar situaciones contradictorias, y propongo, a estos efectos, la conveniencia de incorporar un nuevo servicio en el que se encontrara incluida la figura del terapeuta ocupacional. Asimismo, sería deseable la cuantificación de todos los aspectos mediante un solo trámite administrativo.

DUODÉCIMA.- La configuración de la recolocación como un ajuste razonable supone un importante freno a las posibilidades extintivas de un trabajador con discapacidad que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las empresas ya sea por vía del art. 49.1 e) ET si existe declaración de incapacidad permanente en grado de total, o por vía del art. 52 a) ET. Esto supone una garantía reforzada del mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad sobrevenida. Pero tal premisa se ve defraudada en la práctica, a mi entender, por la ambigüedad, indefinición y amplitud del concepto “ajustes razonables”, lo que hace prácticamente inviable su aplicación. De ahí mi propuesta de elaborar un baremo específico que estableciera pormenorizadamente sus límites y un organismo específico dedicado a su validación y contenido.

DÉCIMOTERCERA.- El proceso de evaluación del grado de discapacidad debería completarse con un plan de inclusión laboral y un programa específico de orientación, asesoramiento, entrenamiento, o apoyo en el empleo protegido o el empleo ordinario, dependerá de las capacidades de esa persona,

independientemente de la causa que lo ha llevado a esa situación. Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la promoción profesional, de manera que una persona que fuera mejorando sus competencias podría pasar de un CEE a un Enclave Laboral y de ahí al empleo ordinario. Es posible que no necesitara o no pudiera recorrer toda esa trayectoria y, en ese caso, desempeñaría el trabajo en el nivel más adecuado de forma estable.

De igual manera, considero inexcusable que el equipo de valoración de incapacidades cuente con un servicio de readaptación profesional para permitir, en primer lugar, que, previas adaptaciones, la persona conserve su puesto u otro distinto en la misma empresa. En caso de no ser viable, la solución sería acompañar al trabajador en la búsqueda de nuevas alternativas teniendo en cuenta las fórmulas del empleo protegido promoviendo su integración laboral y/o social, más allá de la situación de “pensionista”. Igualmente quiero destacar que el INNS debería contar con un equipo de profesionales que se aseguraran de la orientación profesional, formación, colocación y empleo de personas inválidas. Este proceso de readaptación debería comenzar lo antes posible. Cuando el trabajador sufre una enfermedad debería programarse de manera paralela a su rehabilitación clínica, la rehabilitación laboral dirigida por terapeutas ocupacionales para reducir las consecuencias negativas y promover su integración laboral o social.

Para asegurar cuanto acaba de referirse, es imprescindible que ambos equipos estén coordinados y formen parte de una misma unidad.

DÉCIMOCUARTA.- La terapia ocupacional es una disciplina desconocida, y por ello, su potencial en el campo de la rehabilitación y de la adaptación en los puestos de trabajo se encuentra infravalorado en España. Estos profesionales cuentan con la formación óptima para poder identificar el mayor nivel de capacidad y funcionalidad en personas con discapacidad. Actualmente forman parte de los equipos que valoran el grado de dependencia pero consideramos que también deberían formar parte de los equipos de valoración de incapacidades del INSS y de los centros base para determinar el grado de discapacidad. En la actualidad participan en los procesos de rehabilitación que llevan a cabo las mutuas pero su perfil socio-sanitario y su formación en ergonomía les faculta para integrarse en los equipos multiprofesionales que realizan los procesos de adaptación de puestos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABAD MARCOS, E.O., *Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad*, Zaragoza, Justicia de Aragón, 2006.

ABELLÁN GARCÍA, A. e HIDALGO CHECA, R. M^a., “Definiciones de discapacidad en España”, Madrid, *Informes Portal Mayores*, n^o 109. (Fecha publicación: 10/06/2011).

AGUILERA IZQUIERDO, R., “La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social”, *Civitas, Revista española del derecho del trabajo*, n^o131, 2004.

AIELLO, A. L., ASÍS ROIG, R., BARIFFI, F. J., CAMPOY CARVERA, I., PALACIOS RIZZO, A.,: “III. El alcance de la accesibilidad universal y los ajustes razonables”, en *Sobre accesibilidad universal en el Derecho, Cuadernos “Bartolomé de las casas”* Madrid, Dykinson, 2007.

ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORGENA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1996.

ALASTRUEY ANZA, J.C., GÓMEZ ETXEBARRÍA, M. “Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral” en COLLANTES IBÁÑEZ, M.P. y MARCOS I J.I. (Coords.) *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, 2012.

ALBA, A y MORENO.F. *Discapacidad y mercado de trabajo*, Madrid, Gente Interactiva S.L., 2004.

ALCAÍN, E. et. al. *Rehabilitación Laboral de Personas con Enfermedad Mental Crónica: Programas Básicos de Intervención*, Madrid, Comunidad de Madrid, 2000.

ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M., “Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos”, *Revista de Información Laboral* n^o 5, 2015. SÁNCHEZ PÉREZ, J. “Los nuevos perfiles de la incapacidad temporal a tenor de su nueva regulación normativa”, *Revista de información Laboral*, n^o 12, 2014.

ALEMÁN PÁEZ, F., “Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas sociolaborales”, *Documentación laboral*, n^o71, 2004.

ALMANSSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7^a edición, Madrid, Tecnos, 1991.

ALONSO-ALEGRE, G. *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Madrid, IberForo Abogados, Colección Barclays Igualdad y Diversidad, núm. 2, Grupo Editorial Cinca, S.A, 2009.

ALONSO GARCÍA, B. *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*. Madrid, Civitas, 1997.

- “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia” en ALONSO OLEA GARCÍA Y MEDINA GONZÁLEZ, S. *Derecho de los servicios públicos sociales*, 3ª edición, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2014.

ALONSO OLEA, M. “La igualdad en la aplicación de la ley en la calificación y graduación de las incapacidades permanentes. A propósito de la incapacidad permanente parcial de un trabajador autónomo agrario”, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IX, 1992.

ALONSO-OLEA GARCÍA B., LUCAS DURÁN, E.I. y MARTÍN DEGANÓ., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Navarra, Aranzadi, 2006.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S. *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, 3ª edición, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2014.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª edición, Madrid, Civitas, 2000.

ÁLVAREZ MORENO, A., “Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.R. (Dir.) *La reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2011.

ACED, C., *Perfiles profesionales 2.0*, Barcelona, Editorial UOC, 2010.

ALUJAS RUIZ, J.A., “Eficacia del Servicio Público de Empleo en los Procesos de Intermediación Laboral”, *Cuadernos de Mercado de Trabajo*, nº6, 2011.

AOTA, American Occupational Therapy Association “Occupational Therapy Practice framework. Domain and process”, 2ª edición, *American Journal of Occupational Therapy*, 2008.

AMEZCUA, M y GÁLVEZ TORO, A. “Los modos de análisis en investigación cualitativa en salud: Perspectiva crítica y reflexiones en voz alta”, *Revista española de salud pública*, nº76, 2002.

ARAÑA SUÁREZ, S.M. (Resp.) Trastornos musculoesqueléticos, psicopatología y dolor. Estudio financiado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración mediante la Orden TAS/1940/2009, de 10 de junio (subvenciones para el fomento de la investigación en protección social (FIPROS).

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Accidentes laborales de tráfico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

AZAGRA SOLANO, M. "Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo". *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2011.

BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, 2ª edición, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

BAREA, J. y MONZÓN, J.L. *Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad en el País Vasco*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

BARNES, C. y MERCER, G. "Disability, work and welfare: challenging the social exclusion of disabled people", *Work, employment and society*, UK, University of Leeds, 2005.

BASAGOITI, M., BRU, P. y ALVES, M. (Coords.) *De la exclusión a la ciudadanía. Análisis de los factores, barreras y oportunidades*, Madrid, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, 2010.

BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013.

BENEYTO CALABUIG, D., *La reforma de la Seguridad Social: análisis práctico y comentarios de la Ley 24/1997*, Valencia, CISS, 1997.

BELLIDO MAINAR, J.R, BERRUETA MAEZU, L.M. y ARIÑEZ MERCHAN, I., "La aportación de la terapia ocupacional en el abordaje de la funcionalidad en el trastorno de la personalidad", *Revista gallega de Terapia Ocupacional*, nº1, 2004.

BELLOCH, A. y FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, H., *Trastornos de la personalidad*, Madrid, Síntesis, 2008.

BERNAL BLAY, M.A. "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, 2008.

BIEL PORTERO, I., REY ANEIROS, A. "La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes. ¿Una etapa superada?" en FERNANDEZ LIESA, C., *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2007.

BLÁZQUEZ ROMÁN, JA y RAMÍREZ HORTELANO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 42, 2005.

BOLTAIÑA BOSCH, X. “El acceso al empleo público fijo y temporal de las personas discapacitadas. Una aproximación a la normativa estatal y autonómica en España”, *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, nº 28, 2005.

BORZAGA, C, GUI, B. y POVINELLI, F. “Inserción por el trabajo de personas desfavorecidas. El papel de las entidades no lucrativas” en J. DEFOURNY, et al.: *Inserción y nueva economía social. Un balance internacional*, Valencia, CIRIEC-España, 2007.

BRUNA REVERTER, J. Incapacidad Laboral., *Problemática legal, jurisprudencial y médica*, Granada, Comares, 2012.

BURTON, J (Coord.) *Entornos laborales saludables: Fundamentos y modelos de la OMS: Contextualización, prácticas y literatura de apoyo*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2010.

CABEZA PEREIRO, J. Y BALLESTER PASTOR, MA., “La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español”. *Colección Informes y Estudios de Empleo*, núm. 43, 2010.

CABRA DE LUNA, M. A. *Protección social: seguridad social y discapacidad*, Madrid, Cinca 2014.

- *Derechos humanos de las personas con discapacidad; Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

CABRERO RODRÍGUEZ, G. (Resp.) y GARCÍA GÓMEZ, M. (Coord.) *Enfermedades mentales derivadas del trabajo en España y su coste sanitario directo*, Observatorio de Riesgos Psicosociales, UGT, 2010.

CÁCERES RODRÍGUEZ, C. Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS. [en-línea]. *Auditio: Revista electrónica de audiolología*, Noviembre vol.2(3), 2004,.

CALERO MARTÍNEZ, J. (Dir.); FONTCUBERTA ESTRADA, X. (Coord.) *Guía para la evaluación de programas y políticas públicas de discapacidad*, Madrid, Cinca.

CAMPOY CERVERA, I. *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005.

CARA, E. y MCRAE, A., *Psychosocial Occupational Therapy. A clinical practice*, Nueva York, Thomson Delmar Learning, 2005.

CARDENAL CARRO, M., “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012”, *Aranzadi social. Revista doctrinal*, nº. 17, 2009.

CARDONA RUBERT, M^a B., LÓPEZ MORA, F. SARAGOSSÁ SARAGOSSA, J.V., “Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas” en ROMERO RÓDENAS, M. J., *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2003.

CASADO PÉREZ, D., “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004.

- “Introducción. El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público” en *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, 13^a edición, Madrid, Real Patronato sobre discapacidad, 2002.
- “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, 2004.

CASAS BAAMONDE, M^a E., “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador, en CASAS BAAMONDE, M.W., PALOMEQUE, M.C., Y VALDÉS-RÉ, F., (Coords.) *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997.

CASTÁN BALLARÍN, N. “Inserción laboral de personas con trastorno límite de la personalidad” en *Cuadernos de psiquiatría comunitaria*, Vol. 5, nº 2, 2005.

CERMI *Estrategia global de acción para personas con discapacidad 2007-2008*. Propuesta CERMI, Madrid, Cinca, 2007.

- Un plan de empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI, 2001.
- Discapacidad sobrevenida e inclusión laboral: documento de posición y de propuestas del CERMI estatal. Marzo, 2012.

CHAVES, R, y MONZÓN, J.L., *La economía social en la Unión Europea*, Bruselas, Comité Económico y Social Europeo, 2006.

COLECTIVO IOÉ, PEREDA, C., DE PRADA, M. A., ACTIS, W. “Discapacidades e inclusión social”, *Obra Social la Caixa. Colección de Estudios Sociales*, nº 33, 2012.

- *La inserción laboral de las personas con discapacidades*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2003.

COLLANTES IBÁÑEZ P y MARCOS J.I., (Coord.) *la salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2012.

CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, colección laboral 194, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

COHU, S., LEQUET-SLAMA, D. Et VELCHE, D., "Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens. Grandes tendances", *Revue française des affaires sociales*, nº 2, 2005.

CORRALES ROMEO, H. "Importancia de la prevención y de la rehabilitación: el papel de las Mutuas" en CABRA DE LUNA, M. A., y PANIZO ROBLES, J.A. *Protección social: Seguridad Social y discapacidad*. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez, Madrid, Colección CERMI, 2014.

CORREA CARRASCO, M. *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, Madrid, Fundación Alternativas, 2007.

CUBA VILA, B. "Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable" en *Revista de Información Laboral* nº 3, Lex Nova, Valladolid, 2014

CUETO IGLESIAS, M^a B. (Resp.) *El empleo después de la incapacidad permanente: Trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado y Seguridad Social, 2008.

CUETO IGLESIAS, B. (Resp.) *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo: análisis empírico con la MCVL*, Madrid, Gobierno de España, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado y Seguridad Social, 2009.

CUSICK, A. "Australian occupational therapy, evidence based practice and the 21st century", *Australian Occupational Therapy Journal*, Vol. 3, nº 48, 2001.

DALLAL y CASTILLO, E. *Caminos del desarrollo psicológico (Vol. IV): De la edad adulta a la vejez*, México, Plaza y Janés, 2003.

DALMAU MONTALÁ, M. *Integración laboral de los Universitarios españoles con discapacidad. Detección de las fortalezas y debilidades en el momento del acceso al trabajo en el mercado laboral español. Percepción de los universitarios y percepción de la empresa*, Madrid, Universidad Ramón Llull, 2010.

DAVIS, A, "Risk Work and Mental Health", en H. Kemmshall and Pritchard (Eds.) *Good Practice in Risk Assessment and Risk Magement*, London, Jessica Kingsley, 1996.

DE ASÍS, R. "Sobre la accesibilidad universal", en AAVV., *Accesibilidad a los medios audiovisuales para las personas con discapacidad*. Real Patronato de Discapacidad, 2008.

- *Sobre discapacidad y derechos*, Instituto Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dikynson, 2013.

DE ASÍS ROIG, R., PALACIOS, A. ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas., 2006.

DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.) *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DE LORENZO GARCÍA, R. "Fundamentación constitucional y fortalezas/debilidades de la nueva ordenación legal de la dependencia con especial referencia a la discapacidad", *RMTAS*, nº 65, 2006.

- El futuro de las discapacidades en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión. *Revista de Ministerio de Trabajo*, nº 50, 2004.

DE LORENZO GARCÍA, R. Y CABRA DE LUNA, M.A., "El empleo de las personas con discapacidad" en DE LORENZO GARCÍA, R. Y PÉREZ BUENO, L.C (Dir.) *Tratado sobre Discapacidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

DE URRÍES, B., VERDUGO, M.A. y VICENT,C., "Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España", *MTAS, Real Patronato sobre Discapacidad*, 2005.

DEL VALLE DE LA HOZ, J.I. "Novedades normativas en relación con los trabajadores autónomos" en GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN I. Y MERCADER UGUINA J.R. (Dir.) *Las reformas laborales y de seguridad social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014.

DESDENTADO BONETE, A., "La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, , núm. 4, 1997.

DE LA VILLA GIL, L.E., "El modelo constitucional de protección social" en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, BOE, Madrid 2003.

DONADA MOLINS, C.; PRUNÉS FREIXA, M^a A. NOGAREDA CUIXART, C. “Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad. INSHT, 2014..

DONADA MOLINS, C.; PRUNÉS FREIXA, M^a A. NOGAREDA CUIXART, C., *Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad*, INSHT, 2014, p.3.

DÍAZ FRANCO, J.J “Patología psiquiátrica en el medio laboral” en COLLANTES, M.P, MARCOS, J.I, *La salud mental de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2012.

DUEÑAS HERRERO, L.J., “Contingencia y prestación de incapacidad temporal”, en BLANCO MARÍN, J.M. (Coord.) *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Valladolid, 2001.

- *La acción protectora del régimen general de la seguridad social* Ed. Lex Nova Reuters, Valladolid 2013.

DURÁN, A. “La situación de las personas con discapacidad” en *Sistema* 233-234, enero 2014.

DURÁN LÓPEZ, F (Dir.) *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Presidencia del Gobierno, Madrid, 2006.

DURÁN, F., TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., Informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención. Notas para un debate necesario, Colaboraciones externas, Fraternidad –Muprespa .

ECHARRI. J.M., “España 2020: Reflexiones prospectivas”, Navarra, Institución Futuro, 2005.

ECHEVARRÍA, B., “Profesión, formación y orientación”, en L. SOBRADO, *Orientación e inserción socioprofesional*, Barcelona, Stel, 1999.

- *Gestión de la Competencia de Acción Profesional*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2002.

EHLABE-Asociación de Entidades de Trabajo Protegido del País Vasco, “Memoria 2005”, *Grupo Gureak*, 2005.

BAREA TEJEIRO, J. (Dir.), MORIZÓN CAMPOS, J.L. (Coord.), *Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad en el País Vasco*, Fundación BBVA, 2008.

ENRIQUES, R. y MANUEL, J. , “Desarrollo y gestión de carreras con adultos en el siglo XXI, lecturas hacia una armonización de lo global y de lo individual”, *Revista Electrónica de Educación Psicoeducativa*, ONCE, Vol. 5, nº1. Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación. Universidad de Lisboa, 2007.

EQUIPO PROMOCIONS (FRAGO, E. JOVER, D., LÓPEZ, V.M.; MARQUEZ, F. y MORA,G.), *El empleo de los inempleables. Metodologías y recursos para la inserción laboral*, Madrid, Editorial Popular. 1996.

ESPÍN SÁEZ, M. y MELERO ALONSO, E. “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº1, enero 1999.

ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ibidem, 1999.

- “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad”. *Documentación laboral*, nº 64, 2001.
- *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, 5ª edición, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas en ROMERO RÓDENAS, M.J. (Coord.) *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2003.
- “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”, *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, nº56, 2003.
- “Reserva d’ocupació de persones am discapacitat i mesures alternatives al seu compliment: reflexions crítiques a propòsit de la seva regulació i aplicació”, Ponencia presentada en las Jornadas “*Les mesures alternatives a la contractació de persones amb discapacitat*” 11 de octubre 2007.
- “La regulación estatal del empleo con apoyo: Un mecanismo necesario para el empleo normalizado de las personas con discapacidad” en AAVV, *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico en ESTEBAN LEJARRETA, R., y PÉREZ AMORÓS, .(Dirs.) *La aplicación del Derecho del Trabajo en CEE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Estrategia de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización, *Revista de derecho social*, nº 61, 2013.
- Guía sobre la regulación de empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria, Barcelona, La Caixa, 2014.

ESTEBAN LEGARRETA, R., y GUTIERREZ COLOMINAS, “Incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, Vol 2, nº1, 2014.

ESTEBAN LEGARRETA, R., y PERÉZ PÉREZ, J. “La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad y colectivos con dificultades. El planteamiento del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AAVV, *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009.

EUSE, European Union of Supported Employment, “Directriz de la EUSE nº1. Principios, valores y estándares del Empleo con Apoyo”, *Fundación Emplea, EUSE*, 2009.

FABREGAT MOFORT, G. En “La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente total”, *Aranzadi Social*, nº. 7., 2005.

FADSP “Las causas de enfermedad, la mercantilización y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, *Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*, 2011.

FEARP, *Evaluación en rehabilitación psicosocial*, Valladolid, Publicación Oficial de la Federación Española de Asociaciones de Rehabilitación Psicosocial, 2010.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M B., “La presunción de laboralidad del apartado 3 art. 115 LGSS y el accidente en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 19, 2004.

FERNÁNDEZ-CUERVO ARROYO, A., “Normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acceso a su Función Pública, con especial referencia, en su caso, a las relativas al acceso al empleo público de las personas con discapacidad” en AA.VV.: *Acceso de las Personas con Discapacidad al Empleo público 1985-1999*, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, S., *Guía de integración laboral para personas con discapacidad: estándares de calidad*, Madrid, IMSERSO, 1997.

FERNÁNDEZ LIESA CARLOS R. (Coord.) *La protección internacional de las personas con discapacidad*. Monografía 53, Madrid, Coedición Universidad Carlos III- BOE, 2007.

FERNÁNDEZ-LÓPEZ, J.A., SIEGRIST,J., RÖDEL, A. y HERNÁNDEZ MEJÍA, R. “El estrés laboral: un nuevo factor de riesgo. ¿Qué sabemos y qué podemos hacer?”, *Atención primaria*, Vol. 31, nº 8, 2003.

FERNÁNDEZ MARCOS,"La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público, Madrid, Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, 1975.

FERNANDEZ ORRICO, F.J. "La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: pensiones no contributivas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Seguridad Social*, núm. 34, 2002.

- "Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y práctica", *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2ª edición, 2009.

FERNÁNDEZ PÉREZ, J. (2001) Elementos que consolidan al concepto profesión. Notas para su reflexión. Revista electrónica de investigación educativa. Vol.3, nº1 México: Tlaxcala.

FERNÁNDEZ RÍOS, M., *Análisis y descripción de puestos de trabajo*, Madrid. Díaz de Santos, 1995.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, O. *Manual para la evaluación y prevención de riesgos ergonómicos y psicosociales en la PYME*, INSTH, 2002.

FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. "La discapacidad y la integración laboral de personas discapacitadas: acercamiento a la realidad autonómica". *Cuadernos de información económica*, nº 185 , 2005.

FERRAN MONTAGUT MARTÍNEZ, F., FLOTATS FARRÉ (Coords.), *Rehabilitación domiciliaria: principios, indicaciones y progresos*, Masson, 2005.

FERREIRA, M. A. V. "De la *minus-valía* a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico", *Política y Sociedad*, Vol. 47 nº 1, 2010.

FREEDMAN, V.A., "Adopting the ICF Language for Studying Late-Life Disability: A Field of Dreams?" *The Journals of Gerontology Series A: Biological Sciences and Medical Sciences*. Vol. 64, n. 11, 2009.

FUENTE ANUNCIBAY, R., "Hacia la integración laboral de las personas con discapacidad: un estudio longitudinal", *Estudios y monografías, Universidad de Burgos* nº 45, 2007.

FUNDACIÓN ONCE y FONDO SOCIAL EUROPEO, "Estudio sobre la realidad socio laboral de las personas con discapacidad en Galicia", *ONCE, FSE*, 2005.

FUNDACIÓN PREVENT “¿Cómo evaluar puestos de trabajo ocupados por personas discapacitadas físicamente? Una aproximación metodológica para evaluar los riesgos laborales”, *Fundación Prevent Foment del Treball*, 2007.

GALA DURÁN, C. “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo”, *Temas Laborales*, nº 55, 2000.

GARCÍA BLÁQUEZ PÉREZ, M. Y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M., *Nuevo Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal*, 18ª Edición, Granada, Comares S.L. 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 2006.

GARCÍA MARTÍN J.M., *El plan de Acción para las personas con discapacidad: Estructura y contenido. La discapacidad en el siglo XXI. Plan de Acción. Una propuesta de futuro*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2005.

GARCÍA PAREDES, M. L. “Enfermedad profesional: listado no cerrado”, *Actualidad Laboral*, Quincena del 16 al 30 de abril 2007, nº8, Ref. 282, Tomo 1, Editorial La Ley, 2007.

GARCÍA PONS, A., “Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006”, *Editorial Universitaria Ramón Areces*, 2008.

GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos (2005) Concepto Jurídico laboral de discapacitado en *Relaciones Laborales de Personas con Discapacidad*. Biblioteca Nueva. Madrid.

- (2004) Aproximación al concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente total. *Relaciones Laborales Tomo I*.
- “Concepto jurídico laboral de discapacitado” en VALDÉS DAL-RÉ, F (Dir.), LAHERA FORTEZA, J . (Coord.) *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

GARCÍA VALDEOLIVAS, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales*, Madrid, Bomarzo, 2012.

GARCÍA VALVERDE, M. D. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. “Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad”. *Temas Laborales*, nº 75, 2004.

GARNER, H., *Teoría de las inteligencias múltiples*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

GARRIDO PÉREZ, E., “Los enclaves laborales: ¿Una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero” . *Ius Labor*, nº3, 2005.

- “Tratamiento comunitario de la discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.
- “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *Temas laborales*, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº51, 1999.

GINNERUP SOREN Comité de Expertos sobre Diseño Universal [Acuerdo Parcial (PR-RR-UD)] Hacia la plena participación mediante el Diseño Universal. Colección Documentos, Serie documentos técnicos IMSERSO, 2007

GOERLICH PESET, J.M^a, “La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 61, 1996.

- “La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 1996.
- “La reforma de la incapacidad permanente” en PARDELL VEA (Coord.), *La reforma de las pensiones de 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JJ, *Seguridad e higiene en el trabajo. Formación histórica y fundamento*, . Madrid, CES, 1997;

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, nº 20, 2003.

GOWD, E. A., CARLSON, L.S y RAPP, C.A., “Practices differentiating high-performing from low-performing supported employment programs”, *Psychiatric rehabilitation Journal*, nº 26, 2003.

GRAY, G.E. *Psiquiatría basada en la evidencia*, Barcelona, Ars Médica, 2004.

GUASCH MURILLO, D. HERNANDEZ GALÁN, J., (Coords.) *La accesibilidad del entorno universitario y su percepción por parte de los estudiantes con discapacidad*, edición revisada, Barcelona, Observatorio Universidad y Discapacidad, 2010.

GUTIÉRREZ-SOLAR, B. *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Madrid, CES, 1999.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONO, M.T., “Medidas fiscales de protección de los discapacitados” en DIAZ ALAVART, S. (Dir.) *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermutuamur, 2004.

HERNÁNDEZ GALÁN, J., *Accesibilidad universal y diseño para todos. Arquitectura y Urbanismo*, Madrid, Fundación Once, Fundación Arquitectura, 2011.

HERNÁNDEZ GALÁN, J. ((Dir.) *Accesibilidad universal y diseño para todos. Arquitectura y urbanismo. Fundación ONCE para la cooperación e inclusión social de personas con discapacidad*. Fundación Arquitectura COAM. Madrid, 1ª Edición junio 2011.

HERRANZ GONZÁLEZ, R., “¿Qué es la Ley de Dependencia? 16 preguntas y respuestas sencillas sobre la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 68, 2006.

HIERRO HIERRO, F. J., “El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, la gestión de la formación profesional y otras cuestiones” en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Navarra, Cizur Menor Aranzadi, 2007.

HONGRE, F., “Les personnes handicapées dans l’Union Européenne. Le travail protégé”. *Dossier professionnel documentaire* nº 16, Éditions CT-NERHI, 2003.

IMSERSO “Las personas con minusvalía en España. Aspectos cuantitativos”. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1989.

INE (Instituto Nacional de Empleo) “El empleo de las personas con discapacidad. Explotación de la encuesta de población activa y de la Base estatal de personas con discapacidad”, 2008.

- “Panorámica de la discapacidad en España. Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia 2008”, *Cifras INE Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística*, nº10, 2009.

ITURBIDE RODRÍGUEZ P. y SERRANO MUJICA, U. (2004) Manual de orientación laboral para personas con discapacidad. Lantegui Batuak.

JACOBS, K., *Occupational Therapy Work -related programs and assessment*, 2ª edicion, USA, Little Brown, 1991.

JARABA SÁNCHEZ, M. “La estrategia europea de discapacidad 2010-2010: nuevas herramientas contra la discriminación” en ÁVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.) *2003-*

2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Madrid, CERMI, 2012.

JETTE, A.M., "Toward a common language of disablement". *The Journals of Gerontology Series A: Biological Sciences and Medical Sciences*, Vol. 64, nº 11, 2009.

JIMÉNEZ ESTÉVEZ, J.F. (Coord.) (2011) Observatorio de Salud mental 2010 de la AEN. Cuadernos técnicos 15. Madrid.

JIMÉNEZ, S. *Prospectiva, formación y empleo*. Cuadernos de Mercado de Trabajo 72, 2011.

JIMENEZ LARA, A. "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes" en DE LORENZO, R y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.) *Tratado sobre discapacidad*, Madrid, 2007.

- *Memoria del Real Patronato (1976-2001)*, Centro Español de Documentación Sobre Discapacidad, Madrid, 2002.

JIMENEZ LARA, A y HUETE GARCÍA, A., *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012.

JORDÁN DE URRÍES, F. y VERDUGO ALONSO, M.A., *Informe sobre la situación de los CEE en España*, INICO, Salamanca, 2010.

JORDANS DE URRÍES VEGA, B., VERDUGO ALONSO, M.A y VICENT RAMIS, C., *Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, Documentos 59/2005, 2005.

KARLAN, P; RUTHERGLEN, G. "Disabilities, discrimination and reasonable accommodation", *Duke Law Journal*, Vol. 46, nº 1, 1996.

LABORDA PERALTA, A. "El mercado laboral español: Situación y perspectivas a corto plazo". *Cuadernos de Mercados de Trabajo*, nº 7, 2011.

LAHERA FORTEZA, J. "El control judicial de la especialidad de una relación laboral: el caso de vendedores de la ONCE". *Relaciones laborales*, nº4, 2001.

- "Acceso al Mercado laboral y contratación de los discapacitados" en VALDÉS DAL -RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.
- "Admisión del contrato de fomento del empleo temporal para discapacitados en los centros especiales de empleo (Comentario a la STS 4ª de 15 de junio de 2005)", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2006.

LALOMA, M. *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Madrid, Cinca, 2007.

LALONDE, M., *Una nueva perspectiva sobre la salud de los canadienses*, Secretaría de Salud y Bienestar, Canadá, 1974.

LAVER FAWCETT, A., *Valoración en Terapia ocupacional y disfunción física. Principios, técnicas y práctica*, Madrid, Elsevier, 5ª edición, 2003.

LAWSON, A., *The EU Rights Based Approach to Disability: Some Strategies for Shapping and Inclusive Society*. Comunicación presentada en la Commission Conference in Sofia, Bulgaria, del 9 al 11 de diciembre de 2004.

LE MOUILLORU, I, DUNKELT. Y GARCÍA, J., “La formación profesional en el corazón del debate sobre las cualificaciones: tendencias en el horizonte 2020” *Cuadernos de Mercado de Trabajo*, nº 7, 2011.

LIDÓN HERAS, L. *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Madrid, La Llave, 2011.

LLANEZA, F.J., *Ergonomía y psicología aplicada: Manual para la formación del especialista*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

LLANO SÁNCHEZ, M., *El Enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa*, Madrid, Relaciones Laborales de Personas con Discapacidad, Biblioteca Nueva, 2005.

- “El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo? En AAVV, *Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo*, MTAS, 2008.

LESMESS ZABALEGUI, S., *Cláusulas sociales. Contratación pública e inserción social*, Bilbao, Berriztapen, 2006.

- Compra pública responsable. Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable. REAS Euskadi.

LEONÉS SALIDO, J.M., “¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1993.

LÓPEZ CONTRERAS, M., Y RIEGO VILLA, J., “Unión Europea. Introducción”, en MUÑOZ MAÑADO, S., y DE LORENZO, R., (Drs.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, 1996.

LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. “Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto”, *El Derecho*, 2011.

LÓPEZ, J., “Políticas activas de empleo e itinerarios profesionales ante los retos del mercado de trabajo”. *Cuadernos de Mercado de Trabajo*, nº 6, 2011.

LÓPEZ, M., LAVIANA, M., FERNÁNDEZ, L., LÓPEZ A., RODRÍGUEZ A.M., y APARICIO, A., “La lucha contra el estigma y la discriminación en salud mental. Una estrategia compleja basada en la información disponible”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. XXVIII nº 101, 2008.

LÓPEZ-TARRUEL, F. y VIEQUEIRA PÉREZ, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y en el no contributivo*, Madrid, Cívitas, 1991, p.42.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Concepto de profesión habitual a efectos de la declaración de incapacidad permanente, con especial aplicación al empleo juvenil”, *Actualidad Laboral*, nº 4, abril 2014.

MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2005.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L. El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, CES, nº 192, 2006

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones* Madrid, Civitas, 1996.

MARTÍNEZ BARROSO, M^º R., “Reflexiones en torno al acuerdo marco europeo sobre el estrés en el trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2004;

MARTÍNEZ FONS, D. “Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”, *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo nº 153, 2009.

MELERO ALONSO, E., “Los instrumentos para «ecologizar» la contratación administrativa recogidos en la LCSP: cláusulas ambientales”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº260, 2010.

MENDOZA MORENO, D., *Situación actual y retos del régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social y con discapacidad en España*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2010.

MERCADER UGUINA, J. R. *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad y del trabajo*, Madrid, Lex nova, Thomson Reuters, 2013.

- *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y Derecho de daños*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2001.
- “Ley de prevención de riesgos, veinte años después”, *Revista de Información Laboral* núm. 8, 2015.

MESO LLAMOSAS, I., “Las prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedades mentales” en COLLANTES IBÁÑEZ, P. MARCOS, L.I. (Coord.) *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Madrid 2012.

MIGUEL MIGUEL, G. (Coord.), *Las empresas de inserción: su acceso a la contratación pública*, Burgos, Fundación Lesmes, Universidad de Burgos, 2003.

MIGUEL MIGUEL, G. (Coord.), DOMÍNGUEZ CASCÓN, M., BALLESTEROS ORDOÑEZ, M. *Las empresas de inserción: su acceso a la contratación pública.* , Burgos, Fundación Lesmes y Universidad de Burgos, 2003.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN *Panorama de la Educación. Indicadores de la OCDE. Informe Español*, Gobierno de España, 2010.

MIRALLES INSA, C., ANDRÉS ROMANO, C. , GARCÍA SAVATER, J.P., *Desarrollo de una metodología para el diseño, análisis y valoración de puestos de trabajo para su desempeño por personas discapacitadas*, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2002.

MORENO ÁLVAREZ “Accidente de trabajo en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº. 8, 2012.

MORENO PUEYO, M. “La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social, Revista doctrinal*, nº 21, 2009.

MOLINA HERMOSILLA, O., GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C. (2006) “La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo «¿Mucho ruido, pocas nueces?»”, *Revista del CEF*, julio 2006.

MOLINA NAVARRETE, C. “Enfermedades profesionales y riesgos psicosociales: Una mirada de luz al otro lado del atlántico”. *Boletín informativo del Observatorio de Riesgos Psicosociales*, nº14, abril 2011.

- “La protección de la salud mental de los trabajadores entre dos ánimas opuestas: «Garantía de la Ley de Salud Pública» y «Recortes del Decretazo Sanitario» en COLLANTES, M.P. MARCOS, J. I., *La Salud Mental de los Trabajadores*”, Madrid, La Ley 2012.

MOLINER TAMBORERO, G. "Compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones con otras prestaciones o con ingresos de otra naturaleza. Un estudio de jurisprudencia", *Diario La Ley*, nº 2, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE (Dir.) *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) GARCÍA VALVERDE (Coord.) "Tratado de Salud Laboral I y II", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5, 2012.

MONJAS BARRENA, M. "Extinción causal por incumplimiento empresarial del deber de protección de la salud del trabajador: del estrés laboral al trastorno ansioso depresivo moderado", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2005.

MONZÓN, J.L., *Economía social y políticas públicas en la Unión europea. Especial referencia al empleo. Trabajo original de investigación para el concurso de acceso a Cátedra*. Universidad de Valencia, 2001.

MORENO CÁLIZ, S.: *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

MORENO GENÉ, J. "Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, parte presentación, Aranzadi, 2014, p. 5.

MORENO SOLANA, A., Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles, *Revista de información Laboral*, nº 7/2014 parte Art. Doctrinal, Valladolid, Lex Nova, 2014.

MORUNO MIRALLES, P. y ROMERO AYUSO, D. M^a., *Actividades de la Vida Diaria*, Barcelona, Editorial Masson, 2005.

MORRIS, J. *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, London, Women's Press Ltd., 1991.

MULAS-GRANADOS, C., y FERÁNDEZ, R., "El empleo en España frente al reto de la Estrategia 2020", *Cuadernos de Mercado de Trabajo*, nº6, 2011.

MUÑOZ CÉSPEDES, J.M., y TIRAPU USTARROZ J., "Rehabilitación de las funciones ejecutivas", *Revista de Neurología*, Vol. 38, nº 7, 2004.

NAVARRO ASPIROZ, G., "Apunte sobre la correcta interpretación y aplicación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no

discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad”, *La Ley*, nº 6, 2006.

O'REILLY, A. *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Ginebra, OIT, 2003.

OBSERVATORIO DE LA DISCAPACIDAD, *Bases de datos estatales de personas con discapacidad*, Madrid, IMSERSO-MTAS, 2000.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Tendencias mundiales del empleo 2011: El desafío de la recuperación del empleo*, OIT, 2011. (www.ilo.org)

- El enfoque de competencia laboral. Manual de formación OIT, Montevideo, Agencia española de Cooperación Internacional, Cinterfor, 1999.
- Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO) 2008.
- Global Employment Trends 2012: Preventing a deeper jobs crisis, 2012.

OJEDA AVILÉS, A. “El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social,” *R.P.S.*, nº 109, 1976.

OLIVA, J y OSUNA, R. “Los costes de los cuidados informales en España”, *Presupuesto y gasto público*, nº56, 2009.

ORDUÑA, J., *Análisis y perspectivas de la situación laboral, y necesidades de formación para la inserción laboral*, Madrid, Servicio Público de Empleo Estatal, 2009.

OSCAR SEGOVIA, A., *Selección, evaluación y desarrollo de los recursos humanos*, Madrid, Sanz y Torres, 2006.

PALACÍ, F.J. y MORIANO, J.A., *El nuevo mercado laboral: Estrategias de inserción y desarrollo profesional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2008.

PALACIOS, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en CAMPOY CERVERA, I., *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005.

PALACIOS, A., y ROMANACH CABRERO, J. (2006) *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES. Madrid.

- El modelo de la diversidad: Una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). *Insterticios*, Vol. 2, nº 2, 2008.

PALOMEQUE, C. y VALDÉS, F. *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. Madrid, La Ley-Actualidad, 1997.

PALOMINO SAURINA, P., Tratamiento por parte del TS de los accidentes ocurridos durante el tiempo dedicado a actividades privadas o personales en una misión. Comentario de la sentencia del TS de 24 de febrero de 2014, *Revista de Información Laboral*, nº 7; 2014.

PEIRÓ, J.M., “El sistema de trabajo y sus implicaciones para la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo”, *Universitas Psicológica*, nº 3, 2004.

PEIRÓ, PRIETO y ROE, *La aproximación psicológica al trabajo en un entorno cambiante. Tratado de psicología del trabajo*, Madrid, Síntesis, 1996.

PELLEGRINI, M., *Fundamentos del Paradigma de Ciencia de la Ocupación*, Sevilla, Editorial MAD, 2007.

PEÑA BAZTÁN, M., *Dirección de personal: Organización y técnicas*, Barcelona, Hispanoeuropea, 1993.

PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.. “La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: Del Estado del bienestar al Estado asistencial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2011.

PÉREZ BUENO, L. C., *Mejora de la accesibilidad universal a los entornos*, Madrid, CERMI, 2005.

- la configuración jurídica de los ajustes razonables en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Colección CERMI nº55, Madrid, 2012.

PÉREZ DE HEREDIA, M. y Cols. “Origen de la Terapia Ocupacional en España”, *Revista de Neurología*, nº 45.

PÉREZ ILZARBE, J. A. “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Zeritzuan. Revista de servicios sociales*, diciembre 2006.

PRATS MONNÉ, X., *Flexiseguridad: Más allá de la crisis en El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

QUEREJETA GONZÁLEZ, M., “Las herramientas del nuevo paradigma de la salud en el siglo XXI: CIE/CIF”. *Revista Española de Salud Pública*, nº 6, 2009.

- “Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación”, *Imsero*, 2004.

QUINTANILLA NAVARRO, B., “Discapacidad y discriminación: De la igualdad de trato a la accesibilidad universal”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2006.

- “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” en VALDÉS DAL- RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, 2005.

RABANAL CARBAJO, P. “Accidente de trabajo. El estrés como factor de riesgo, STSJ y AP y otros Tribunales”, *Aranzadi*, núm. 2, 2000.

RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M., “Extinción por causas objetivas” en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo IX, Vol. 1º, Madrid, Edersa 1983,

REDONDO CIRUELAS, V. “Discapacidad y capacidad laboral en Medicina y Seguridad del Trabajo”, *Suplemento extraordinario nº1*, 2014.

RENTERO JOVER, J., “Centros de Empleo Protegido: valoración y crítica”, en ITURRE GÁRATE, C. (Dir.), *La protección civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Madrid, Consejo del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., “Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 101, 2012.

RODRÍGUEZ CABRERO, G (Coord.), “Diversidad funcional: sobre lo normal y lo patológico en torno a la condición social de la *dis*-capacidad”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 28, nº1, 2011.

- “Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y la formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral”, *Colección Telefónica accesible*, Cinca, 2009.

- *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos futuros*, Cinca, 2012

RODRÍGUEZ CARDO, A., “La sentencia 299. Concepto de enfermedad y discapacidad a efectos de despido”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 131, nº junio 1-2.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 95, 2008.

RODRÍGUEZ, G., GARCÍA, C. y TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad: Formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Fundación ONCE, 2007.

RODRIGUEZ IZQUIERDO, R. Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente en RIVAS VALLEJO, P. Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico. Ed. Thomson Aranzadi (2ª ed.) , Madrid, 2008.

RODRIGUEZ PIÑERO, M., “Prólogo” en JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, A y otros. *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “El empleo de las personas con minusvalía”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº1, 1999.

RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, BOCH Editor S.A., 1993.

RODRÍGUEZ MARTÍN, JA., “La atención a la integración laboral de las personas discapacitadas en la Unión Europea”. *Revista de fomento social*, Vol. 64, nº 253, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, Mª J. Y PÉREZ BORREGO, G., *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi, 1996

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. La obligación de realizar ajustes razonables en el trabajo, *Temas Laborales* núm., 1 27/2014.

ROJAS, A.M., la intermediación laboral, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº 22, 2004.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Incapacidad permanente y reconocimiento automático de «Minusvalía»”, *Estudios Financieros – Revista del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 288, 2007.

ROQUETA BUJ, R *La incapacidad permanente*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

- “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº29, 2001.

ROQUETA BUJ, R y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.

RUBIO ARRIBAS, F.J., Aproximación sociolaboral al empleo protegido: los Centros Especiales de Empleo, Madrid, CCOO Unión Sindical Madrid Región, 2003.

SAAVEDRA, I. PÉREZ, E., FERNÁNDEZ DE TEJADA, V., *Dirección de recursos humanos*, Madrid, UNED, 2009.

SAEZ LARA, C., “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, 2009.

SALANOVA, M., GRACIA, F.J. y PEIRÓ, J.M., *Tratado de Psicología del trabajo. Aspectos psicosociales del trabajo*, Vol. II, Madrid, Síntesis, 1996.

SALAS, M. “La intermediación laboral en Europa: Distintas perspectivas de una misma realidad”, *Cuadernos del mercado de trabajo*, nº 6, 2011.

SALCEDO BELTRÁN, M^a C., Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2013.

SALLERAS SANTMARTI, L. *Educación Sanitaria: Principios, Métodos y Aplicaciones*, 3^a edición, Madrid, Díaz de Santos, 1985.

SAMOY, E. y WATERPLAS, L., *L'emploi protégé dans la Communauté Européenne*, Hoger Instituut voor de Arbeid, KU Leuven, Lovaina, 1992.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales, realiza un amplio análisis sobre esta cuestión”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 84, 2009.

SÁNCHEZ-CERVERA, SENRA, J.M., Nueva realidad social y jurídica de los centros especiales de empleo en AAVV: *Congreso Nacional Empleo y Discapacidad AFEM*. Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. , “Excluidos sociales: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 59, 2005.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. “Ámbito del accidente de trabajo en misión”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº. 9, 2014,

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, O. (Coord.) *Desarrollo profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*, Madrid, Editorial Grupo 5, 2012.

SANCHEZ RODRÍGUEZ, O. CASTELLANOS ALCÁZAR, L. "Ergonomía psicosocial. Adaptación de puestos de trabajo y sistemas de apoyo para trabajadores con enfermedad mental: empleo con apoyo" en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, O, *Desarrollo Profesional e Inserción Laboral en personas con enfermedad mental*, Ed. Grupo 5. Madrid 2012

SARAGOSSA I SARAGOSSA, J.V., " El marco institucional del empleo: la gestión pública del empleo" en AAVV. *Derecho del Empleo*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

SASTRE CAMPO, A. La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación en personas con discapacidad en España, Cinca, CERMI, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Discriminación laboral por enfermedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, 2013.

- "Incapacidad Permanente", en MONTROYA MELGAR, A. (Coord.) *Curso de Seguridad Social*, 3ªed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- "El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*. 1997, Pamplona, Aranzadi.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., "El infarto de miocardio como accidente laboral *in itinere* y como accidente de trabajo "en misión". Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 30 de mayo de 2003", en *Relaciones Laborales*, núm. 2. Año XX, Quincena del 23 de enero al 8 de febrero de 2004, Tomo 1, La Ley, 2004.
SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN ZAZZUCCONI, C. *Expansión del accidente "in itinere"* . Análisis GA&P, febrero 2014 disponible en línea [<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/expansion-del-accidente-in-itinere.pdf>]

SOLÁ MONELLS, X., "La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad", en PÉREZ AMORÓS, F. (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo* , Albacete, Bomarzo, 2006.

- *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*. Monografías 643, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

THORNTON, P., "Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y Fondos Nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía práctica" en VISIER, L., THORNTON, P. Y MORA GONZÁLEZ, V. *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000.

TERRIS, M., *La revolución epidemiológica y la medicina social*, México, Siglo XXI, 1980.

TORRENTE GARI, S., *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la incapacidad permanente*, Albacete, Bomarzo, 1997.

TORRENTS MARGALEF, J.: "Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados", en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), LAHERA FORTEZA, J., (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

TORTOSA LATONDA, L., GARCÍA MOLINA, C., PAGE DEL POZO, A., FERRERAS REMESAL, A. *Medidas de adaptación y recomendaciones de diseño del sistema de trabajo en Ergonomía y Discapacidad (Edición revisada y ampliada)* IBV, IMSERSO, 1999.

TORTUERO PLAZA, J.L., "La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas», *Tribuna Social*, nº44/45, 1994.

TRINIDAD NUÑEZ, P., "La protección de las personas con discapacidad en el seno de la Organización Internacional del Trabajo" en FERNANDEZ LIESA C.R. (Coord.) *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, Monografías 53, 2010.

TRILLO GARCÍA, A.R. *Modificaciones en materia de incapacidad temporal y otras prestaciones de la Seguridad Social en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGINA, J. R. (Dires.) Las reformas laborales y de la Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto- Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Madrid, Lex Nova, Thomson Reuters, , 2014.

TRÖMEL STÜRMER, S., "El marco europeo. Desarrollos legislativos en el ámbito de empleo y de la no discriminación" en AAVV. *Congreso Nacional de Empleo y Discapacidad*, Madrid, AFEM, 2007.

TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo*, Madrid, Colex, 2002.

TUSET DEL PINO, P., La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta, o gran invalidez. As, 5 2006.

- Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales, difusión jurídica.
- “La obligación de reserva de empleo a favor de la contratación de trabajadores minusválidos y la aplicación de las medidas alternativas de carácter excepcional”, *Información laboral*, Legislación y convenios colectivos, nº12, 2000,

URÍA FERNÁNDEZ, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de la Administración Pública*, nº 165, 2004.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Albacete, Bomarzo, 2012.

- “Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo”, en AAVV., *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, CGPJ, 2005.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., y MORÓN PRIETO, R., “La seguridad en el trabajo: de la Ley de Accidentes de trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa/UNED, 2000.

VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo*, Madrid, Reus, 2009.

- “Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente (Comentario a la STS 4ª, de 21 de marzo de 2007” en *Relaciones Laborales*”, Tomo I, 2008.

VALDÉS- RÉ (2011) *Relaciones laborales en la crisis*, España, Cinca, 2011.

- *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Madrid. Biblioteca Nueva. (2005)
- *Derechos en serio y personas con discapacidad*. Relaciones laborales nº 12 de 2005.
- *Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad*. Relaciones laborales nº10 de 2005.
- *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos* en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.), LAHERA FORTEZA, J. *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, 2005.

VARGAS ZÚÑIGA, F., “Escenarios y tendencias en el mundo del trabajo y de la educación en el inicio del Siglo XXI: El nuevo paradigma del aprendizaje a lo largo de la vida y de la sociedad del conocimiento”, en F.DE ASIS BLAS y J. PLANELS (Dir.), *Retos actuales de la educación técnico-profesional*, Madrid, Santillana IOEI. 2009.

VAZQUEZ-BARQUERO, JL; HERRERA CASTANEDO, S., VAZQUEZ BOURGÓN, E; GAITE PINTADO L., *Cuestionario para la evaluación de discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (WHO-DAS II)*, Madrid, IMSERSO, 2006.

VELÁZQUEZ M. La salud mental de los trabajadores europeos en COLLANTES, M. P. MARCOS. J. I “La salud mental del los trabajadores, Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2012.

- *La salud mental de las y los trabajadores*, Observatorio Vasco de Acoso Moral, Madrid, 2012.

VERDUGO, M.A., JORDÁN DE URRÍES, F. B., SÁNCHEZ, M.C y BENITO, M.C., *Influencia de la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de personas con discapacidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

VERDUGO ALONSO, M.A, VINCENT, C. CAMPO, M, JORDÁN DE URRÍES, F.B., “Definiciones de Discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante” Servicio de Información sobre Discapacidad” *Servicio de Información de Discapacidad*, 2001.

VERNIA TRILLO, S., “La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº20, 2002.

VIDAGANY PELÁEZ, J.M., y GARCÍA SENTANDREU, J., *Derecho para la discapacidad. Los centros especiales de empleo*, Valencia, Diario del Puerto, 2003.

VIGOTSKY, L. *Pensamiento y lenguaje*, Barcelona, Paidós, 1985.

VILLAR CAÑADA, I.M., “Los enclaves laborales” en MOLINA NAVARRETE,C. (Coord.) *Empleo y mercado de trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005.

VIROLÉS PIÑOL, R., Controversias, Medicina y Seguridad del trabajo (Internet), 2014, nº1. Disponible en línea
[<http://scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v60s1/ponencia27.pdf>]

WADDINTONG, L HENDRIKS, A., “The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable

accommodation discrimination”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol.18, Iss. 3, 2002

WHITENECK, G., “Conceptual Models of Disability: Past, Present, and Future” en *Workshop on Disability in America. A New Look*. Washington, NAP, 2005.

